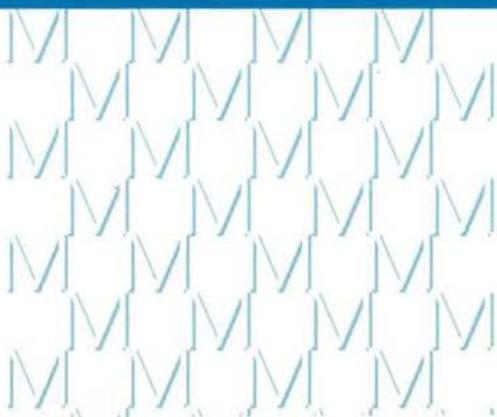


Francisco Javier Matia Portilla

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio



Monografía



FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Prólogo de
Paloma Biglino Campos
Catedrática de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

Monografía



Madrid, 1997

McGraw-Hill

MADRID • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MÉXICO
NUEVA YORK • PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS © 1997, respecto a la primera edición en español por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S. A. U.
Edificio Valrealty, 1.ª planta
Basauri, 17
28023 Aravaca (Madrid)

ISBN: 84-481-1126-5

Depósito legal: M. 20.242-1997

Editora: Elena Argüello

Diseño de cubierta: Estudio F. Piñuela, S. L.

Compuesto en: Fernández Ciudad, S. L.

Impreso en: Cobra, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - PRINTED IN SPAIN

PARTE PRIMERA

**LA VERTIENTE ESTÁTICA
DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ESPAÑOLAS

En pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha analizado cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Es importante en relación con este problema la Sentencia TC 22/1984, de 17 de febrero. En ella, el Tribunal Constitucional señala que la inviolabilidad del domicilio se ha recogido en el texto constitucional «para garantizar el *ámbito de privacidad* de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública. (...) 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»¹.

Esta explicación del Tribunal Constitucional no aclara de forma definitiva el problema. El Tribunal utiliza distintos términos para designar el bien jurídico protegido a través de la inviolabilidad domiciliaria, tales como «*ámbito de privacidad*», protección del lugar donde el individuo «ejerce su libertad más íntima», o la afirmación de que «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».

Ya en la Sentencia de 7 de diciembre de 1982 dictada por la Sala tercera del Tribunal Supremo² (que será recurrida en amparo y dará lugar a la Sentencia TC 22/1984), se hace indistinta referencia a algu-

¹ Sentencia TC 22/1984/5 (el subrayado pertenece a este trabajo), expresamente recordado en la Sentencia 137/1985/2, de 17 de octubre.

² Sentencia TS Ar. 1982/7911.

nas de estas categorías. En la Sentencia se afirma así, en relación con los derechos contenidos en el artículo 18 CE, «en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, a su independencia e *intimidad* de forma que éste es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional y la encomienda de su salvaguardia a la autoridad judicial, que les pone a cubierto de toda pesquisa, indagación o intromisión ilegítima en ellos, tendentes a vulnerar ese ámbito que tales derechos crean en torno a la persona y su *intimidad* para impedir injerencias arbitrarias en su *vida privada...*»³. Debe hacerse notar que posiblemente es ésta la primera mención al término *vida privada* que aparece en la jurisprudencia española en relación con la inviolabilidad del domicilio y que, probablemente, la aceptación por parte del Tribunal Constitucional de esta doctrina es la que ha provocado, a medio plazo y de forma inadvertida, la ambigüedad que por lo general se encuentra en la jurisprudencia constitucional en la materia.

En efecto, las posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional no aclaran cuál es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental recogido en el artículo 18.2 CE. El Tribunal ha hecho referencia, en ellas, a bienes tales como «intimidad», «vida privada», «esfera privada» o «*privacidad*».

El Tribunal alude a la intimidad en relación con la inviolabilidad del domicilio en varias ocasiones. Así indica, por ejemplo, que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica no ha sido desconocido cuando no se conecta con una violación de la intimidad que pudiera entroncarse con el genuino significado del artículo 18.2 CE⁴. El Tribunal ha considerado, en esta misma dirección, que la ejecución de resoluciones administrativas justifica la realización de entradas domiciliarias; es decir, irrupciones en el ámbito de la intimidad⁵.

Otras veces, el Tribunal Constitucional alude a la «esfera privada» en relación con la inviolabilidad del domicilio. En efecto, el Tribunal ha señalado en esta dirección que la inviolabilidad del domicilio no protege sólo «el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella»⁶.

³ Sentencia TS Ar. 1982/7911 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁴ Sentencia TC 137/1985/6 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁵ Sentencias TC 144/1987/2 y 76/1992/3a, de 23 de septiembre de 1987 y de 14 de mayo de 1992, respectivamente.

⁶ Auto TC 171/1989/2, de 3 de abril, que recuerda lo establecido en las Sentencias TC 22/1984/2 y 137/1985/2.

En fin, el Tribunal ha conectado, finalmente, en otros momentos, inviolabilidad del domicilio y «vida privada». Ha indicado, de esta forma, que la inviolabilidad del domicilio «defiende los ámbitos en que se desarrolla la *vida privada de la persona*» (aunque a renglón seguido se refiera también a la *privacidad* como objeto de tutela de la *intimidad* personal)⁷. Por último, el Tribunal recuerda, en la Sentencia TC 137/1985/4⁸, que la empresa recurrente no ha señalado que se haya causado intromisión en su «*vida privada o social*».

La imprecisión jurisprudencial en la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio se ha trasladado, también, a la doctrina que se ha ocupado de este derecho fundamental.

Así, algunos autores (Pilar de la Haza⁹, Fernando López Ramón¹⁰, Manuel Gómez Orea¹¹, Alfonso de Alfonso Bozzo¹², César Sempere Rodríguez¹³, entre otros¹⁴) utilizan de manera indiferente los términos

⁷ Sentencia TC 22/1984/2.

⁸ Sentencia TC 137/1985.

⁹ PILAR DE LA HAZA, después de mantener que la inviolabilidad del domicilio protege el derecho a la intimidad (pág. 812), continúa afirmando que protege el derecho a la intimidad y a la *privacidad* (pág. 813). Posteriormente, vuelve a referirse al derecho a la intimidad (pág. 815), y aparece el término *vida privada* (pág. 816) y *vida privada social* —este último relacionado con la citada Sentencia TC 137/1985— (pág. 818) (en *Observaciones...*).

¹⁰ Aunque en un momento de su trabajo se refiere a la vida privada (pág. 48), afirma, posteriormente, apoyándose en la Sentencia TC 22/1984, que «el bien jurídico protegido por el artículo 18.2 CE es la intimidad, la vida privada». (En *Inviolabilidad...*, pág. 52). Idea que reiterara posteriormente, en *Límites...*, pág. 2271.

¹¹ Para un importante sector de la doctrina el bien jurídico que se trata de proteger es la *intimidad personal*, o la libertad de la voluntad, en suma, como señala MANUEL GÓMEZ OREA —por boca de JOSÉ M. SERRANO—, «la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental derivado a la vida privada y a la intimidad personal» [en «El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo», *RL*, 9 (1991), pág. 114], aunque posteriormente se centrará en la *intimidad*. JOSÉ M. SERRANO mantendrá esta misma posición en su *comentario...* (1985), pág. 366, aunque señale que el derecho sirve, también, a la seguridad personal.

¹² El autor se refiere sucesivamente en su trabajo a la protección del ámbito de *privacidad* (pág. 169), a la conexión existente entre intimidad y *privacidad* (pág. 170) y, finalmente, termina afirmando que el bien jurídico protegido es «la vida privada y la intimidad personal y familiar» (pág. 173), siendo el domicilio un ámbito de *privacidad* (en ALFONSO, BOZZO, A. de: *Sobre...*).

¹³ Para CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ (*Comentario...*, pág. 440), la inviolabilidad del domicilio es una manifestación concreta de la *intimidad* y de la *vida privada*.

¹⁴ *Id.* también GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 77, 78 y 86; PEDRAZ PENALVA, E.: *El registro domiciliario* en GÓMEZ DE LIAÑO, F. (coord.): *Comentarios sobre la reforma procesal*. Madrid, 1992, págs. 204-205, y pág. 203; SOLER ROCH, M. T.: *Artículo 130* en AMORÓS RICA, N. (dir.): *Comentarios a las leyes tributarias y*

intimidación, vida privada y privacidad. Debe hacerse notar que esa indistinta utilización doctrinal de los términos *vida privada e intimidación* se ha dado también en el Derecho italiano¹⁵, en relación con el artículo 14 de su Constitución, y también, en el ordenamiento constitucional francés¹⁶, en relación con el artículo 66 CF —que garantiza, como se

financieras, vol. II. Madrid, 1983, pág. 51; BARCELONA LLOP, J.: «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas (Sentencia 160/1991. Caso: derribo de los edificios del casco urbano de Riaño)», *RAP*, 127 (1992), pág. 207 y, también, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de actos administrativos*. Santander, 1995, págs. 517-518; JUAN LOZANO, A. M.ª: «Inviolabilidad del domicilio y límites materiales de la Ley de Presupuestos. Un pronunciamiento capital del Tribunal Constitucional», *REDF*, 76 (1992), pág. 676; GARCÍA TORRES, J.: Voz «derecho a la inviolabilidad del domicilio», en *EJB*, vol. II. Madrid, 1985, pág. 2154 *in fine*; SANZ GANDESEGUI, F.: «La ejecución de los actos administrativos que requieren entrada domiciliaria», *BIMJ*, 1688 (1993), pág. 148 —extraído del dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 27 de mayo de 1992, del que fue ponente (Ref.: AEH Patrimonio 8/1992). *Selección de Dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado 1992*. Madrid, 1993, pág. 220—; JORGE BARRERO, A.: *El allanamiento de morada*. Madrid, 1987, págs. 32-34 y, más recientemente, en su: Voz «allanamiento de morada», en *EJB*, vol. I. Madrid, 1985, pág. 437. El mismo autor de este trabajo ha señalado, erróneamente, que son la intimidación, la vida privada y la esfera privada términos conexos (en *Derecho...*, pág. 5202).

¹⁵ La tesis de COSTANTINO MORTATI y GIULIANO AMATO es que la protección liberal de la inviolabilidad del domicilio amparaba la *intimidación*, mientras que la contemporánea se extiende a los lugares de vida privada. *Vid.* MORTATI, C.: *Istituzioni di diritto pubblico II*, 9.ª ed. Padua, 1976, págs. 1059-1060, y AMATO, G.: «Articolo 14», en AA.VV.: *Commentario della costituzione a cura de GIUSEPPE BRANCA, rapporti civili*. Bolonia, 1977, págs. 54-56, que afirma que el derecho recubre la *intimidación*, la *riservatezza* y el *ius excludendi (ibidem)*, págs. 61-65).

FRANCO BRICOLA, tras distinguir las nociones de vida privada y *riservatezza*, conecta la inviolabilidad del domicilio con la primera y no, como ALESSANDRO PACE, con la segunda (en *Prospettive...*, pág. 1092). FRANCO BRICOLA estima que los artículos 2 y 3 CI constitucionalizan el derecho a la vida privada (*ibidem*, pág. 1099). Por su parte, ALESSANDRO PIZZORUSSO estima que el derecho a la *riservatezza* es un principio constitucional, pese a que no se encuentre expresamente contenido en la CI (en *Sistema Istituzionale del Diritto pubblico italiano*. Nápoles, 1988, pág. 424). La noción de *riservatezza* manejada por ALESSANDRO PACE en su *Problematica...*, págs. 212-213 es cercana a la presentada en este trabajo de la vida privada. *Vid.*, también, BALDASSARRE, A.: *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*. Roma, 1974.

¹⁶ En la Decisión CCF 76-75 DC, relacionada con registros realizados en vehículos, el Consejo declara que es objeto de protección la *intimidación* de la *vida privada* y no la inviolabilidad del domicilio (ya que el automóvil no es domicilio constitucional). La Sentencia puede consultarse en FAVOREU, LOUIS y PHILIP, L.: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 7.ª ed. París, 1993, pág. 342 (con un comentario en págs. 343-354, especialmente, págs. 349-350), o en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil de jurisprudence constitutionnelle (1959-1993)*. París, 1994, págs. 45-46. Se han hecho eco de tal Decisión, entre otros, RENOUX, T.: *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire*. París, 1984, pág. 519-521; FAVOREU, L.: *Le Conseil...*, págs. 411-425; LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 86; RIVERO, J.: «Liberté individuelle et fouille des véhicules (note sous la décision du 12 janvier 1977)», en su libro *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*.

ha visto en páginas anteriores, la libertad individual, incluyendo en ella la inviolabilidad del domicilio—.

Otros autores, como Fernando Herrero-Tejedor¹⁷, entienden que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es la «*privacidad*».

Pedro J. González-Trevijano entiende, por su parte, que la inviolabilidad del domicilio protege la *vida privada* más que la *intimidad*¹⁸. Del mismo parecer se encuentran también muestras en la doctrina italiana¹⁹ —en relación con el artículo 14 CI—, france-

París, 1984, pág. 74 y HAMON, L. y LÉAUTÉ, J.: «Note sous la Décision 75 DC du Conseil Constitutionnel», *Recueil Dalloz Sirey* 13 (1978), págs. 173-177. En todo caso, el Consejo Constitucional «ha afirmado el carácter esencial de la libertad individual», incluyendo dentro de ella la inviolabilidad del domicilio y ciertos aspectos del derecho al respeto de la vida privada» (en GENEVOIS, B.: *La jurisprudence...*, pág. 194).

¹⁷ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1990, pág. 72 y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El sistema constitucional español*. Madrid, 1992, pág. 221. ÁNGEL L. ALONSO DE ANTONIO entiende que la inviolabilidad del domicilio protege no la *privacidad* entendida como intimidad, lo que se proyecta en un derecho-autonomía, sino la libertad y seguridad como autonomía e independencia y desarrollo de la personalidad (en *El derecho...*, págs. 81-82). Ahora bien, parece claro que lo que el autor quiere significar es que el derecho fundamental en examen ampara la *privacy* —en su contenido propio, que será examinado más adelante, en este mismo capítulo— y no la intimidad.

¹⁸ Si bien el autor hace notar la vinculación que existe entre el derecho a la intimidad (y a la protección de la vida privada) y la tutela de la libertad domiciliaria (fundamentación más acertada de la protección de la inviolabilidad de domicilio en la Constitución de 1978, para GONZÁLEZ-TREVIJANO, en *La inviolabilidad...*, pág. 58), posteriormente se refiere, como bien jurídico protegido por el derecho, a la *vida privada* (págs. 59, 180 y, especialmente, págs. 129-130). En estas últimas páginas, el autor parece asimilar las ideas de vida privada y *privacidad*. Más adelante se verá como tales nociones, si bien son próximas, no son enteramente coincidentes. *Vid.* la sentencia TS Ar. 1995/5159/3b.

También entienden que la inviolabilidad del domicilio protege la vida privada PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (*El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, 1990, pág. 81 o «El derecho a la intimidad», en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1993, pág. 34), ÁNGEL BAENA AGUILAR (en *El domicilio Tributario en Derecho español*. Pamplona, 1995, pág. 30 y ss.) y MARCOS F. MASSO GARROTE (en «Nota jurisprudencial sobre los aspectos constitucionales de la inviolabilidad del domicilio a la luz de la nueva regulación procesal y material», *RCG*, 29 (1993), pág. 149). Aunque existe una cierta confusión terminológica en el trabajo de CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ, parece que el autor se decanta también hacia una protección extensiva de la vida privada, que se configura no como un derecho-autonomía, sino como un derecho de desarrollo integral de la persona (en *Comentario...*, págs. 440 y 442).

¹⁹ Son partidarios de una concepción amplia de domicilio, conectada con la vida privada, CARETTI, P.: Voz «Domicilio (libertà di)», en *DDP*, vol. V. Turín, 1990, pág. 322; DOSI, E.: «Inviolabilità del domicilio ed accesso degli ispettori del lavoro ai cantieri delle imprese (osservazione alla sentenza 10/1971)». *GC*, 1971, pág. 62 —con base en la sentencia TCI 10/1971, de 2 de febrero, *GC*, 1971, pág. 56 y ss., que comenta—; MARTINES, T.: *Diritto costituzionale*. Messina, s.f., pág. 481; BARILE, PAOLO y CHELI, ENZO:

sa²⁰ —en relación con el artículo 66 CF— y alemana²¹ —en relación con el artículo 13 LFB—. Debe hacerse notar que a pesar de esa indistinta utilización terminológica, todos los autores citados conectan esos términos al contenido constitucional que el Tribunal Constitucional ha dado a la *intimidad*, como ámbito de reserva frente a intrusiones en la misma.

Por último, otros autores entienden que la inviolabilidad del domicilio protege el bien jurídico «*intimidad*». Éste es el caso de Tomás Quintana López²², Ricardo García Macho²³, Pablo Lucas Verdú²⁴, Ra-

«Domicilio (libertà di)», *ED*, vol. XIII, Varese, 1964, pág. 863 y AMATO, GIULIANO: *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milán, 1976, pág. 301. Aunque referido a la vida privada, la concepción del domicilio constitucional que presenta TEUCRO BRASIELLO parece más bien restrictiva [en Voz «Domicilio (violazione di)», en *NDI*, vol. VI, pág. 36].

Algunos constitucionalistas italianos ven el engarce entre la garantía constitucional contenida en el artículo 14 CI y la vida privada en la tipificación penal del delito de interferencia en la vida privada (artículo 615 bis del Código Penal italiano). Son de esta opinión, MARTINES, T.: *Diritto...*, pág. 481 y BARILE, P.: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonia, 1984, pág. 154. No obstante, ALESSANDRO PACE ha puesto de manifiesto como el bien jurídico protegido por el mencionado precepto penal, la riservatezza, no está recogido en la Constitución italiana (en PACE, A.: *Problemativa delle libertà Costituzionali. Parte speciale*, 2.ª ed. Padua, 1992, pág. 229, nota 10).

²⁰ En relación con el Derecho francés, algunos autores vinculan libertad individual y vida privada (como se señala en GENEVOIS, B.: *La jurisprudence...*, pág. 209. *Vid.*, también, FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...* (1986), pág. 613 y LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382, aunque este último examinará posteriormente el domicilio dentro del epígrafe *protección de la intimidad*, pág. 96. En relación con el domicilio, y partiendo de una visión del derecho conectado con la *vida privada*, se dirá, en la órbita del Derecho francés, que «el domicilio es el cuadro esencial de la vida privada» (AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit...*, 1989, pág. 155), es el «abrigo de la vida privada de cada uno» [ROBERT, J.: *Libertés publiques*. París, 1971 (mise à jour au 1.º septembre 1973), pág. 252], o es «otro aspecto de la vida privada» (LUCHAIRE, F.: *Le Conseil...*, pág. 196). Sobre el contenido de la vida privada, debe consultarse LINDON, R.: *Dictionnaire juridique sur les droits de la personnalité*. París, 1983, pág. 261-270.

²¹ *Vid.*, por todos, MAUNZ, T.: «Artikel 13», en MAUNZ, T. y DÜRING, G. (dirs.): *Grundgesetz Kommentar*. Band II. Múnich, 1986, pág. 13-4.

²² En puridad, este autor va más lejos. Señala que el derecho recogido en el artículo 18.2 CE se enmarca «dentro del más amplio derecho a la intimidad» [en «La autorización judicial: Garantía de la inviolabilidad de domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos», *REVL*, 224 (1984), pág. 543].

²³ GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, pág. 857. Esta protección se obtiene para el autor amparando —a través del domicilio— una esfera de vida privada o elemental (*idem*) (aunque también se refiera a la *privacidad*, en relación con el derecho alemán en la pág. 859). También EDUARDO ESPÍN TEMPLADO se refiere a la protección de la vida personal (equivalente, en contenido a la intimidad), en *Fundamento...*, pág. 43.

²⁴ LUCAS VERDÚ, P.: «Voz “inviolabilidad del domicilio”», en *NEJ*, tomo XIII, pág. 670.

món Casas Vallés²⁵ y Bartomeu Colom Pastor²⁶, y de algunos autores italianos²⁷ y franceses²⁸.

En fin, es también interesante la posición de José Lorca Martínez²⁹, que entiende que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio garantiza la *intimidad* de la persona física o la *vida privada* de la persona jurídica.

Del análisis jurisprudencial y doctrinal que se acaba de realizar puede deducirse que no es aún hoy pacífica la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Si bien algunos bienes jurídicos que, en ocasiones anteriores, se habían conectado con la inviolabilidad del domicilio (propiedad, libre elección de residencia o libertad personal) parecen ya no estarlo hoy, existen dudas sobre otros bienes materialmente cercanos (*intimidad, vida privada, privacidad*), pero quizás diferentes entre sí.

²⁵ CASAS VALLÉS, R.: «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *RJC*, 1 (1987). Precisamente, este trabajo trata de examinar el alcance del derecho a la intimidad en relación con las personas jurídicas —comparando las Sentencias 22/1984 y 137/1985, ambas del Tribunal Constitucional—, y parece confundir las nociones de vida privada e intimidad en la nota 1 de la página 170.

²⁶ En «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad de domicilio», *REDA*, 40-41 (1984), pág. 256. El autor cita, en su apoyo, la posición expresada en la misma línea por JORGE DE ESTEBAN y LUIS LÓPEZ GUERRA (en *El régimen constitucional español*, vol. I. Barcelona, 1980, pág. 159).

²⁷ Así, algunos autores hacen referencia a la protección de los lugares íntimos (BARRILE, P. y CHELI, E. *Domicilio...*, pág. 859), o identifican el domicilio como el lugar en el que se desarrolla en gran medida el derecho a la intimidad (Bozzi, A.: *Istituzioni...*, pág. 444). CARLO E. TRAVERSO señala, por su parte, que la inviolabilidad del domicilio tiene su origen en la exigencia de poderse sustraer, en una palabra, a las percepciones sensoriales de los demás (en *La nozione...*, pág. 592. *Vid.*, en sentido cercano, AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 57-58).

²⁸ *Vid.*, entre otros, ROCHE, J.: *Libertés publiques*, 6.^a ed. París, 1981, pág. 67; ROCHE, J., y POUILLE, A.: *Libertés publiques*, 9.^a ed. París, 1990, pág. 81, donde se afirma que con la inviolabilidad del domicilio se protege la intimidad, seguridad y propiedad; HAURIQU, A.; GICQUEL, J. y GÉLARD, P.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2.^a ed. Barcelona, 1980, pág. 226, donde se vinculan los derechos de protección familiar a la finalidad de salvaguardar la intimidad; DUVERGER, M.: *Droit Public*, 6.^a ed. París, 1971, pág. 172, que, vinculando la garantía domiciliaria con las libertades físicas, señala como aquélla garantiza la intimidad del domicilio (*sic*). En sentido cercano, *vid.* ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 159 y MORANGE, J.: *Libertés publiques*. Vendôme, 1985, pág. 153.

²⁹ LORCA MARTÍNEZ, J.: «Una aproximación al artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *LL*, año XIII, n.º 3075, pág. 2.

2. LA EXCLUSIÓN DE ALGUNOS BIENES JURÍDICOS

2.1. La propiedad

Uno de los puntos donde existe mayor consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera cuando tratan de determinar el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio, ha sido el de la exclusión de los derechos reales, en general, y, del derecho de propiedad, en particular.

Ese consenso, como se verá en las siguientes líneas, no se da en el derecho americano, pero sí en la doctrina y jurisprudencia constitucionales francesa, italiana, alemana y española. Además, la jurisprudencia penal de nuestro país llega —en relación con el allanamiento de morada— a una solución similar.

Puede afirmarse que, en el momento en que se dictó la IV Enmienda americana (1791), ésta tenía por finalidad primordial proteger la propiedad³⁰. Esa defensa liberal de la propiedad es, además, típica formulación del ordenamiento constitucional norteamericano, donde, tradicionalmente, se confunden las garantías de la libertad y de la propiedad³¹. No obstante, la evolución de la interpretación por parte del Tribunal Supremo, ha hecho de la Enmienda un texto polivalente, que incluye, simultáneamente en sí, protección de la *libertad personal*, de los derechos de defensa y, también, en alguna medida³², de la propie-

³⁰ Como ya se ha indicado, la IV Enmienda quiere acabar con los mandamientos generales que tuvieron que soportar los colonos americanos. La mayor parte de éstos, pretendían embargar la propiedad (BURGESS, J. W.: *Ciencia Política y Derecho Constitucional. Soberanía y libertad*. Madrid, 1922, pág. 240).

³¹ Por todos, el clásico trabajo de SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS, «The right to privacy», *HLR*, 1890 —december—, pág. 193 (del que hay reciente edición en castellano —traducción de PILAR BASELGA y estudio introductorio de BENIGNO PENDÁS: *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1995—), donde afirman «que los individuos tendrán plena protección de su persona y de su propiedad es un principio tan viejo como el *common law*». Con tal fundamento, pretende impedirse en el Reino Unido que el rey dicte normas tributarias y penales, tarea que se intenta reservar el parlamento (principio de legalidad en materia de libertad y propiedad) [PRIETO SANCHÍS, L.: «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española», en *ADH*, 2 (1983). Madrid, 1983, pág. 403].

³² Es especialmente significativa la Sentencia Boyd v. US [116 US 616, (1886)], donde el Tribunal Supremo declara inconstitucional el descubrimiento forzado de papeles (y la Ley en que se apoyaba el acto singular), por vulneración del conjunto de las Enmiendas IV y V (esta última sobre el derecho a no autoincriminarse) [el texto de la sentencia en ALLEN, R. J. y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), pág. 374 y ss.].

dad. No obstante, debe hacerse notar que la primera jurisprudencia norteamericana, más propicia a proteger la propiedad a través de la IV Enmienda, ha sido, en ocasiones, superada (Sentencias *Warden y Katz*)³³. En todo caso, la cuestión no puede darse por resuelta³⁴.

Sí que puede afirmarse, por el contrario, que la Enmienda XIV, que extiende la IV Enmienda a la actuación de los Estados miembros de la federación americana, no protege en ningún caso la propiedad³⁵.

En relación con el ordenamiento constitucional francés, es necesario recordar que la inviolabilidad del domicilio es una vertiente que conforma la libertad individual constitucionalmente garantizada (artículo 66 CF). Este precepto no permite, en principio, elaborar un nexo de conexión entre propiedad e inviolabilidad del domicilio. En efecto, debe hacerse notar que la relación entre libertad individual y propiedad es prácticamente desconocida por la jurisprudencia y doctrina francesas. Constituye una excepción la Sentencia Barinstein del Tribunal de Conflictos³⁶, donde se afirma que las medidas que examina «atentan contra la inviolabilidad del domicilio y por consiguiente contra la libertad individual, así como contra el respeto del derecho de

³³ En *Warden Maryland Penitentiary v. Hayden* —387 US 294 (1967)—, el Tribunal Supremo afirma «que el principal objeto de la IV Enmienda es la protección de la *privacy* antes que de la propiedad» (el texto está recogido en CORWIN, E. S.: *La Constitución...*, pág. 399 y ss. —cita, pág. 401—). En la Sentencia *Katz v. US* [389 US 347 (1967)] se cuestiona ante el Tribunal Supremo la constitucionalidad de una prueba obtenida interceptando y grabando una conversación telefónica, realizada desde una cabina pública. En la Sentencia, el Tribunal afirma que, como «la IV Enmienda protege personas —y no simplemente lugares— contra los registros y embargos irrazonables, parece claro que la afectación de la IV Enmienda no se ve alterada por la presencia o ausencia de intrusiones físicas en un entorno cerrado» (el texto de la Sentencia se extrae de la obra antes citada, pág. 431). Sobre el avance de la Sentencia *Katz*, *vid.* ROPPO, E.: «I diritti della personalità», en CAPPELLETTI, M. (director de la ed.): *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Milán, 1985, pág. 104; y RIGAUX, F.: «L'élaboration d'un "right to privacy" par la jurisprudence américaine», *RIDC*, 4 (1980), págs. 704-705. Sobre la importancia de ambas Sentencias, *vid.* PACE, A.: *Problematica...*, pág. 217-218.

³⁴ En efecto, como JEROLD H. ISRAEL y WAYNE R. LAFAVE han observado, «muchas de las primeras decisiones basadas en la propiedad no son revocadas por *Katz*» [en *Criminal...* (1988), pág. 59]. Sobre las relaciones entre *privacy* y propiedad, *vid.*, también, ACKERMAN, B.: «Liberating Abstraction». STONE, GEOFFREY R.; ESTEIN, RICHARD A. y SUNSTEIN, CASS R. (eds.): *The Bill...*, pág. 345.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, FUNSTON, R.: *A vital seminar: The Supreme Court in American Political Life*. California, 1978, pág. 202.

³⁶ Sentencia de 30 de octubre de 1947. Se cuestiona la validez de un Decreto de 1945, en el que el Gobierno autoriza a la Administración a ejecutar por sí misma las órdenes de embargo (*réquisitions*) en viviendas.

propiedad»³⁷. Esta Sentencia, anterior a la Constitución de 1958, se basa en el viejo principio del derecho francés que sitúa a la autoridad judicial como guardián de la libertad individual y de la propiedad³⁸.

No obstante, el artículo 66 CF ha garantizado solamente la libertad individual y no la propiedad. Esta interpretación se apoya no sólo en el tenor literal del precepto examinado, sino también en la doctrina³⁹ y en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. En efecto, éste último ha señalado expresamente que el artículo 66 CF no protege la propiedad⁴⁰.

La doctrina italiana ha rechazado de modo expreso⁴¹ el que sea legítimo invocar el artículo 14 CI, que reconoce la inviolabilidad del

³⁷ Extraído de RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 509. La Sentencia ha sido comentada por MESTRES (*RDS*, 1948, III, pág. 1), *PLJ* (*RDS*, 1947, pág. 476), WALINE (*RDP*, 1948, pág. 46) y FREJAVILLE (*JP*, II, 1947, pág. 3966). Entre otros, GIULIANO AMATO recuerda —por boca de P. GROSSI— que el concepto de domicilio se ha conectado, en un primer momento, con «los intereses más íntimos de la persona» y con «el concepto de propiedad», pasando a proteger con el Estado constitucional la *intimidad* (en *Articolo...*, págs. 54-55).

³⁸ RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 509, atribuyéndolo a LOUIS FAVOREAU y LOÏC PHILIP (en la nota 10 de su trabajo). Esta construcción es coherente con la unión, propia del Estado liberal, de la libertad individual con la libertad económica (especialmente con la propiedad) (BERTI, G.: *Interpretazione Costituzionale*. Padua, 1990, pág. 397). En el mismo sentido, PACE, A.: *Problematica...*, pág. 216.

³⁹ De forma excepcional, *vid.* ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67; y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 81, donde se afirma que la protección del domicilio es instrumental para la protección de la *intimidad*, seguridad y *propiedad* (el subrayado pertenece a este trabajo). Sostienen que la inviolabilidad del domicilio no protege la propiedad COLLARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 379 y RIVERO, J.: *Liberté...*, pág. 74. *Vid.*, también, FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les Grandes...* (1986), pág. 613 y con carácter general, BADINTER, R. y GENEVOIS, B.: «Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *RFDA*, 3 (1990), pág. 331.

La inviolabilidad del domicilio hoy está garantizada en Francia a través del artículo 66 CF y no como principio fundamental reconocido por las leyes de la República (disiente JAVIER BARCELONA LLOP, en *Ejecutividad...*, pág. 479. *Vid.*, también, en este punto, FAVOREU, L.: «Le Conseil Constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée (a propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules)», en AA.VV.: *Études offertes a Pierre Kayser*. París, fotocopia sin fechar, pág. 415, donde se refiere a la libertad individual como principio de valor constitucional, para añadir después que, de acuerdo con el artículo 66 CF, tiene valor constitucional —pág. 416—).

⁴⁰ Decisión 85-189 DC, de 17 de julio de 1985, que puede ser consultada en el reciente *Recueil...*, pág. 224 y ss., editado por LOUIS FAVOREU (quien comentó la Sentencia en la *RDP*, 1985, pág. 395). FRANÇOIS LUCHAIRE ha insistido, con base en esta Decisión, en que el artículo 66 CF no protege la propiedad (en *La protection...*, pág. 381). *Vid.* también, en el mismo sentido, la pág. 86 de la misma obra.

⁴¹ Aunque para ALESSANDRO PACE, ello no signifique que el legislador, a través de la tipificación del allanamiento de morada (artículo 614 del CPI) no pueda estar garantizando también la propiedad u otros derechos patrimoniales (en «Zone protette e “one-ri” dei visitatori (tra funghi e libertà)», *LR*, 1987, pág. 1081. *Vid.* también CUOCOLO, F.: *Istituzioni di Diritto pubblico*, 3.ª ed. Milán, 1983, pág. 632).

domicilio, para asegurar la propiedad⁴². No existe tampoco jurisprudencia constitucional que haya realizado tal conexión⁴³.

Tampoco el artículo 13 LFB, que igualmente reconoce la inviolabilidad del domicilio, protege como ha puesto de manifiesto lo mejor de la doctrina, la propiedad⁴⁴.

En relación con el Derecho constitucional español, son contadas las referencias doctrinales⁴⁵ que enlazan la inviolabilidad del domicilio con la propiedad y, sin embargo, son abundantes las ocasiones en las que la doctrina⁴⁶ y la jurisprudencia han desechado tal vinculación. Especialmente relevante ha sido la importante⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1982⁴⁸, en la que se afirma que la protección ofrecida por la inviolabilidad del domicilio en concreto, y por los derechos recogidos en el artículo 18 CE, en general, «no se proyecta sobre los bienes materiales en sí, no puede esgrimirse en resumen en defensa de la propiedad al no ser ésta bien jurídico protegido por ese abanico de derechos»⁴⁹. Y ello es así incluso respecto de

Una tesis dividida en relación con el allanamiento de morada en el Derecho italiano ha sido la recogida por TEUCRO BRASIELLO. Dicha tesis diferenciaría las entradas y permanencias forzadas —que atacarían la libertad individual— de las clandestinas —que vulnerarían la propiedad o el orden público— (*Voz Domicilio...*, pág. 180). El mismo autor rechaza tal posibilidad, entendiendo que las lesiones del orden público y de la propiedad o la posesión son eventuales (*idem*).

⁴² Entre los autores que niegan que la inviolabilidad del domicilio tutele la propiedad, BARILE, P. y CHELI, E.: *Voz Domicilio...*, pág. 860; PACE, A.: *Problematica...*, pág. 216. *Vid.* también la bibliografía citada por PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO en su libro, *La inviolabilidad...*, pág. 88, nota 91. Sí que conecta la inviolabilidad del domicilio con la propiedad P. VIRGA, quien entiende que aquel derecho no es más que el *ius prohibendi* que compete al titular de la propiedad o de la posesión de la habitación o morada (extraído de LUCAS VERDÚ, P.: *Voz...*, pág. 669).

⁴³ P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO cita, a favor de la tesis defendida, la Sentencia del Tribunal de Casación (de 2 de julio de 1949), donde se afirma que la inviolabilidad del domicilio no protege la propiedad, sino la manifestación pacífica, tranquila y segura de la vida privada (en *La inviolabilidad...*, págs. 88-89).

⁴⁴ MAUNZ, T.: *Artikel...*, pág. 13-8.

⁴⁵ Entre ellas, destaca la de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, cuando afirma que puede considerarse la morada como un complejo de derechos de propiedad y de derechos de soberanía, como señala ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL (en su *Comentario...*, pág. 208).

⁴⁶ *Vid.*, por todos, ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, pág. 65; GARCÍA MACHO, R.: *La inviolabilidad...*, págs. 858-859; LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 37 y QUINTANA LÓPEZ, T.: *Un paso...*, págs. 150-151.

⁴⁷ Importancia que radica en que el recurso presentado contra esta resolución, va a dar lugar a la (también relevante) Sentencia TC 22/1984, donde se analizará cómo acomodar la prerrogativa de la ejecutoriedad de los actos administrativos a la exigencia constitucional del respeto de la inviolabilidad del domicilio.

⁴⁸ Sentencia TS Ar. 1982/7911/3.

⁴⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, págs. 53-54.

los lugares de dominio público que sirven, a la vez, como domicilios constitucionales. Esta idea ha sido correctamente resaltada por la Sentencia TS de 15 de marzo de 1990⁵⁰, en la que se cuestiona si vulnera la inviolabilidad del domicilio la entrada realizada por funcionarios de la Demarcación de Costas del MOPU en una residencia cerrada y vallada donde habita el recurrente y su familia, en el ejercicio de sus funciones de policía, para sustituir los mojones de la Zona Marítima Terrestre. El Tribunal estima que el derecho fundamental ha sido, efectivamente, vulnerado, porque:

«Independientemente de quién sea el titular dominical de un inmueble, lo que se protege al proclamar el derecho a la inviolabilidad de domicilio es el ámbito material en el que la persona, propietaria o no, desarrolla habitualmente su vida privada, de modo que, salvo el caso extremo del flagrante delito, sólo el consentimiento del interesado o la autorización judicial permiten la entrada legal en dicho ámbito»⁵¹.

El mismo Tribunal Constitucional español ha señalado⁵² que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tiene nada que ver con la propiedad del domicilio, y no puede verse menoscabada por la subasta judicial de un piso.

Hasta aquí se ha puesto de manifiesto como en ningún ordenamiento de los analizados (con la excepción, como ya se hizo notar, del caso norteamericano⁵³), se vincula la protección de la inviolabilidad del domicilio con la propiedad.

Es cierto que entre ambos derechos existen ciertas conexiones. Así, normalmente, cuando se vulnera la inviolabilidad del domicilio se suele vulnerar también el *derecho* de propiedad⁵⁴. Pero también es cierto

⁵⁰ Sentencia TS Ar. 1990/3522, citada por LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: «El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración (comentario jurisprudencial a la STC de 18 de mayo de 1992)», *RAP*, 130 (1993), págs. 249-250.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 250.

⁵² Auto TC 404/1984/2, de 27 de junio. *Vid.*, también, el Auto TC 641/1984/2, de 7 de noviembre.

⁵³ La jurisprudencia americana indica que, por ejemplo, el arrendador no tiene capacidad para autorizar la realización de inspecciones en un local arrendado, ni siquiera cuando el contrato de arrendamiento le faculta a él para realizarlas [Sentencia Chapman v. US, 365 US 610 (1961)]. *Vid.*, en relación con estas cuestiones, LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, 2.ª ed. St. Paul, 1992, pág. 242.

⁵⁴ Ello explica que en el caso de que se penetre en una morada con el objeto de robar no se sume a tal delito (de robo en casa habitada) el de allanamiento de morada. En efecto, el tipo de robo en casa habitada subsume ya en sí el allanamiento, como se deduce de las Sentencias TS Ar. 1974/2444/4 y Ar. 1970/5295/2, que superan, en este

que estos dos derechos (inviolabilidad del domicilio y propiedad) se distinguen en su contenido. Puede observarse, en efecto, que el derecho a la propiedad resulta atacado cuando al propietario se le arrebatara el bien sobre el que recae su dominio, o se le impide ejercer su derecho sobre él. La inviolabilidad del domicilio es vulnerada sin que se ponga en peligro necesariamente la propiedad del bien. Tanto es así que es posible, de un lado, que el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sea propietario del mismo⁵⁵; y, de otro, y desde la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, que sea el propietario quien vulnere tal derecho en bienes propios (pero que son, al tiempo, moradas ajenas)⁵⁶.

2.2. La libre elección de residencia

El único ordenamiento europeo en el que aparecen conectadas la inviolabilidad del domicilio y la libre elección de residencia es el francés. La Sentencia Barinstein del Tribunal de Conflictos de 30 de octubre de 1947 afirmó que la libertad del domicilio y su inviolabilidad son aspectos de la libertad individual⁵⁷. Un amplio sector de la doctrina francesa se ha hecho eco de tal jurisprudencia, entendiendo que

punto, la Ar. 1965/5028/ún. En conclusión, el delito de allanamiento de morada no protege la propiedad, mientras que el delito de robo en casa habitada grava, junto al delito contra la propiedad, el coste para la seguridad (y quizás la libertad) de los habitantes.

⁵⁵ En este sentido debe recordarse como en abundantes y recientes Sentencias TS se ha mantenido que el allanamiento de morada no protege ni la propiedad en concreto, ni derechos reales en general (*vid.*, en este sentido, las Sentencias TS Ar. 1994/0040/1 y Ar. 1991/1745/2). Tampoco las garantías previstas en el artículo 554.2 LECr pretenden garantizar la propiedad, como ponen de manifiesto las Sentencias TS Ar. 1994/7618/6; 1993/6705/1; 1993/6152/2 y 1992/2363/2, dictadas en relación con diligencias de entrada y registro.

⁵⁶ Estas dos posibilidades no son necesariamente excluyentes, sino que pueden ser complementarias. En varias ocasiones, el Tribunal Supremo ha estimado que la entrada del propietario en un inmueble propio que era, al tiempo, morada ajena, merecía la tipificación de allanamiento de morada (Sentencias TS Ar. 1971/3652/ún., Ar. 1968/0891/ún., Rec. 1875/0171/1, Rec. 1874/0001/1 y Rec. 1891/0071/2 —esta última relacionada con un despido laboral—). En otras ocasiones, y en una jurisprudencia criticable como veremos más adelante, el Tribunal ha entendido que la acción arriba descrita constituía un mero delito de coacciones (Sentencias TS Rec. 1923/0152/ún., Rec. 1918/0119/2 y Rec. 1908/0080/ún.). *Id.*, también, finalmente, la Sentencia TS Ar. 1991/1745/2, en la que se indica que la titularidad dominical del piso de la mujer separada por parte del marido es irrelevante.

La misma idea ha sido puesta de manifiesto en el ordenamiento constitucional italiano (*vid.*, por todos, NACCI, P. G.: *Libertá...*, pág. 53).

⁵⁷ Sentencia citada en páginas anteriores, donde se cuestiona la validez del un Decreto de 1945, por el que el Gobierno autorizaba a la Administración a ejecutar por sí

la libertad del domicilio se descompone en la libertad de elección del domicilio y la inviolabilidad del mismo⁵⁸, y el propio Consejo Constitucional francés ha optado por un concepto amplio de libertad individual, que incluye, junto a la inviolabilidad del domicilio, la libre elección del mismo.

Pero aun en esta hipótesis, y para el supuesto analizado, es posible distinguir materialmente inviolabilidad del domicilio y libre elección de residencia. La primera se protege de injerencias o invasiones en el domicilio íntimo, expresándose en una facultad que exige la no invasión del Estado (o, en su caso, de terceros). La segunda garantiza el desarrollo de la vida de una persona en el lugar de su preferencia, mostrándose como una facultad activa del titular frente a los demás sujetos (ya sean públicos o privados). Ello explica que su desarrollo legislativo en Francia sea también distinto⁵⁹.

Más nítida es la distinción de ambas figuras en otros ordenamientos constitucionales. Así, por ejemplo, en el caso italiano, la inviolabilidad del domicilio y la libre elección de residencia se recogen de forma autónoma en el Texto constitucional⁶⁰ y la independencia de una y otra ha sido atinadamente observada por la doctrina⁶¹.

misma las órdenes de embargo (*réquisitions*) en viviendas. Citada por FRANÇOIS LUCHAIRE (en *Le Conseil Constitutionnel*. París, 1980, pág. 196).

⁵⁸ Vid. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B.: *Droit Public*. 10.^a ed. París, 1989, pág. 155, en el mismo sentido, COLLIARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 379; ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67; ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 81; y ROBERT, J.: *Libertés...*, pág. 159 y ss. (los dos últimos autores citados añaden a éstas el libre uso del mismo).

⁵⁹ La inviolabilidad del domicilio se garantiza en el Código Penal a través de la tipificación del delito de allanamiento de morada (artículo 226.4 CPF). Por su parte, la libre elección de residencia se desarrolla en los artículos 102 y siguientes del Código Civil. Esta libre elección de residencia no solamente permite elegir una, sino también poder cambiar de domicilio. Solamente es punible la inexistencia o ausencia de residencia cuando ésta coincide con la ausencia de medios de subsistencia y con el hábito de no ejercer oficio ni profesión conocida (como señala el artículo 270 del Código Penal) (vid. LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 96).

⁶⁰ En efecto, mientras que el artículo 14 CI garantiza la inviolabilidad del domicilio, el 16 CI regula la libre elección de la residencia (junto a la libertad de circulación). Sobre la libertad de residencia en el Derecho italiano MORTATI, C.: «La riforma delle strutture dello Stato nella preparazione dell'Assemblea Costituente e nel corso dei suoi lavori», en su obra *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milán, 1972, pág. 628 y siguientes. Curiosamente, la Constitución italiana también recoge (en su artículo 47) el compromiso que la República asume de favorecer «el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda» (la parte entrecomillada proviene de la traducción del citado precepto realizada por DARANAS, M.: *Las Constituciones Europeas*, vol. II, Madrid, 1979, pág. 1230).

⁶¹ Por todos, vid. PACE, A.: *Problematica...*, págs. 215-216.

La distinción entre ambas figuras ha sido positivizada también en la Constitución española de 1978⁶². Ésta garantiza, como ya sabemos, la inviolabilidad del domicilio en su artículo 18.2. La garantía de la libre elección de residencia se contiene, por su parte, en el artículo 19 CE, que afirma, entre otras cosas, que los «españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia...»⁶³. Esta libre elección de residencia se configura, al igual que en Francia, como un derecho en el que su titular desarrolla una actividad (o, si se prefiere, faculta para una acción positiva a sus titulares), en tanto que la inviolabilidad del domicilio supone una garantía frente a actuaciones de otros (en la línea de los clásicos derechos-resistencia).

Esa diferente naturaleza de ambos derechos ha sido defendida de forma unánime⁶⁴ por la doctrina constitucional de nuestro país y explicada de forma acertada por Carlos Ruiz del Castillo, al señalar que «‘[...] es concebible que el Poder público respete la morada que el habitante no ha elegido. En la Edad Media, la población se agrupaba en barrios según afinidades de raza o de religión —la judería, la morería—, o en calles que tomaban sus nombres de los gremios u oficios que en ellas se establecían: caldereros, plateros, tintoreros... Aún resulta obligatorio, en ciertos casos, la residencia en viviendas determinadas a ciertas personas constituidas en autoridad o que tienen a su cargo la custodia de determinados intereses (cajeros de banco, por ejemplo). La inviolabilidad ampara aquí una residencia forzosa’». El Profesor Ruiz del Castillo termina su razonamiento indicando que «‘si la *inviolabilidad* del domicilio constituye garantía de que el hombre es libre en su casa, la *libertad* de domicilio constituye garantía de que el hombre es libre en la ciudad’»⁶⁵.

⁶² La única regulación constitucional conjunta de ambas libertades es la contenida en la Constitución española de 1931, donde el artículo 31 regulaba la libertad de circulación y la libre elección de residencia y domicilio (párrafo primero); el derecho a emigrar e inmigrar (párrafo segundo); el aseguramiento de garantías en la expulsión de extranjeros (párrafo tercero) y la inviolabilidad del domicilio (párrafo cuarto).

⁶³ En relación con la libertad de residencia, *vid.* GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*. Madrid, 1991.

⁶⁴ Entre los autores que se plantean tal diferenciación, *vid.* ALZAGA VILLAAMIL, Ó.: *Comentario...*, pág. 208; SERRANO, J. M.: *Comentario...* (1985), pág. 367; SOSA WAGNER, F.: «Ejecución forzosa e inviolabilidad de domicilio», *REDA*, 14 (1977), pág. 484; GONZÁLEZ-TREVIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 83-85 y ALONSO DE ANTONIO, Á. L.: *El derecho...*, págs. 68-69.

⁶⁵ P. J. GONZÁLEZ-TREVIANO cita en *La inviolabilidad...* (págs. 84-85) el clásico manual de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO (*Derecho político*. Madrid, 1934, págs. 196 y 208, para cada uno de los dos párrafos). De aquí no cabe inferir que la inviolabilidad del domicilio tenga menor importancia que la libre elección de residencia (como entienden ciertos sectores de la doctrina penalística citados por el mismo GONZÁLEZ-TREVIANO).

En conclusión, la inviolabilidad del domicilio es un derecho diferente y autónomo en relación con la libre elección de residencia, aunque ambos recaigan sobre objetos cercanos (domicilio y residencia). Es posible, así, que se garantice uno (la inviolabilidad del domicilio) sin que previamente se haya reconocido la otra (libre elección de residencia).

2.3. La libertad personal

Corresponde ahora analizar la relación existente (o, más correctamente, la diferenciación existente) entre la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal, entendida ésta como el derecho a excluir cualquier tipo de vínculo que implique custodia o detención del individuo en un determinado recinto⁶⁶.

NO en la nota 83 de la pág. 85, por ser más reducido el objeto sobre el que recaen el uno —el domicilio— y el otro —el territorio—. Cualquier intento de gradación de ambas libertades en razón a su importancia, aunque posiblemente poco útil, debería examinar cuales son los bienes jurídicos que uno y otro garantizan y, en un segundo momento, cual de ellos es más importante.

Sin intentar resolver tal cuestión, sí sería interesante hacer notar como la diferente naturaleza del derecho afecta al régimen del mismo. En efecto, y con la intención de poner un ejemplo concreto de esta afirmación, nótese como la titularidad del derecho de libre elección de la residencia se ve condicionada cuando el titular es extranjero [vid. CEDEIRAS CHECA, R.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España», en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio), vol. I. Madrid, 1988, págs. 451-455] o funcionario (vid. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 22 de febrero de 1985 y 16 de junio de 1986), algo que no ocurre en relación con la inviolabilidad del domicilio.

⁶⁶ GÁLVEZ MONTES, J.: «Comentario al “Artículo 17”», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL), vol. II. Madrid, 1984, pág. 383.

La delimitación del contenido de este derecho, instrumental para este trabajo, puede apoyarse en la Sentencia TC 31/1985/2 (de 5 de marzo), donde se afirma que «la libertad personal reconocida en el artículo 17.1 de la Constitución queda vulnerada cuando se priva de ella a una persona sin observar lo dispuesto en el mismo o en casos o forma no previstos en la Ley», en este mismo sentido, vid. GARCÍA MORILLO, J. (en LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, PABLO y SATÚSTREGUI, M.: *Derecho Constitucional*, vol. I. Valencia, 1991, pág. 199 y ss.). El mismo JOAQUÍN GARCÍA MORILLO ha señalado, recientemente, que el derecho a la libertad personal es «el derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima» en *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*. Valencia, 1995, págs. 42-43. Vid., finalmente, el recientísimo trabajo de JULIO BANACLOCHE PALAO (*La detención personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid, 1996).

Debe comenzarse señalando, que tal diferenciación no se ha dado siempre, sino que, por el contrario, la inviolabilidad del domicilio apareció en el mundo del Derecho para garantizar la libertad personal. Esta afirmación puede constatarse recordando, de forma instrumental, el origen y las primeras formulaciones de la inviolabilidad del domicilio⁶⁷, como son, entre otras, el Decreto número 11 de las Cortes de León de 1188, en el que el Rey Alfonso IX refrenda el derecho a la inviolabilidad de la vida, el honor, el domicilio⁶⁸ y la propiedad⁶⁹ o la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia⁷⁰. En estos textos, la vinculación entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal aparece de forma especialmente intensa cuando se regulan materias cercanas al Derecho penal (o mejor, procesal-penal), como son la detención, el registro y el principio de legalidad penal.

Tal relación se muestra claramente en la evolución de la inviolabilidad del domicilio en todos los ordenamientos europeos examinados para la elaboración de este trabajo y, en algunos casos, se muestra también en las formulaciones vigentes del instituto jurídico.

La conexión entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal se muestra, por ejemplo, en el vigente ordenamiento norteamericano a través de la IV Enmienda a la Constitución de Estados Unidos —antes citada—, que reconoce que «el derecho de los ciudadanos a la seguridad de las personas, *domicilio*, papeles y efectos contra pesquisas y embargos arbitrarios es inviolable; no se decretará entrada y registro alguno sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento

⁶⁷ Este análisis instrumental no pretende ser exhaustivo. Para una visión general de la evolución histórica de la inviolabilidad del domicilio, *vid.* la bibliografía citada en la nota 6 de la Introducción de este trabajo, *in fine*.

⁶⁸ En el que se afirma: «También juré que ni yo ni nadie entre en la casa de otro por la fuerza, ni haga ningún daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciese, pagará el doble del daño al señor de la casa y además al señor de la tierra nueve veces el daño que hizo, si no prometiese derecho como está escrito. Y si acaso matase al dueño o dueña de la casa, será alevoso y traidor. Y si el dueño o dueña o alguien de los que defiendan su casa matase a alguno de aquéllos, no será castigado por homicidio y nunca responderá del daño que les hizo» (extraído de PECES-BARBA, G.: *Textos...*, págs. 22-23. También se encuentra citado en GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 30).

⁶⁹ *Vid.* OESTREICH, G. y de KARL-PETER, S.: *Pasado y presente de los derechos humanos* (edición de EMILIO MIKUNDA). Madrid, 1990, pág. 30 (el subrayado pertenece a este trabajo).

⁷⁰ «Los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifica claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos» (trad. de la versión oficial inglesa por PECES-BARBA, G.: *Textos...*, pág. 77).

y las personas o cosas de las que haya de apoderarse»⁷¹. Como es sabido, tal Enmienda fue añadida a la Constitución de 1787 en 1791, en pleno Estado liberal y su no modificación posterior explica su clara vinculación con la libertad personal⁷². Su ámbito de aplicación se centra en la fase de instrucción penal, acogiendo materias tales como la detención o la entrada y registro⁷³. El objetivo perseguido no es otro que la preservación de la libertad del individuo, impidiendo que puedan utilizarse en el procedimiento penal pruebas obtenidas con vulneración de las garantías en la detención o en el registro domiciliario.

Más discutible es si la IV Enmienda despliega también sus efectos sobre procedimientos en los que no se cuestiona, en principio, la libertad personal. Es clara su aplicación a los procesos penales, cuasipenales⁷⁴ y a determinados procedimientos administrati-

⁷¹ Trad. de PECES-BARBA, G.: *Textos...*, págs. 83-84.

⁷² El origen de esta garantía americana se encuentra en el *Common Law* inglés. En este sentido, debe recordarse que el juez Coke señaló en 1641 que es ilegal que un juez de paz irrumpa en la casa de un hombre para realizar un registro por la comisión de un delito o para la búsqueda de bienes robados [como señala SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 45]. Asimismo, dos Sentencias destacan tempranamente en el Derecho inglés. La primera es la Sentencia Wilkes v. Weed [Lofft 1, 98, Eng. Rep 489 (1763)], cuyo conflicto parte de la emisión de un mandamiento general por parte de Lord Halifax (Secretario de Estado inglés) para arrestar y secuestrar los papeles del autor anónimo de un texto que critica a Jorge III (en concreto, por el impuesto de artículos de comercio interior sobre la sidra). Al mandamiento se suceden registros domiciliarios (por docenas) y varios arrestos. el autor John Wilkes demanda a Halifax (y a sus mensajeros que le persiguen), y el juez Pratt (que más tarde llegará a Lord Camden) apoya la pretensión de Wilkes, aunque entiende que éste ha sufrido un daño menor. El juez Pratt estima que el secretario no tiene autoridad para emitir los mandamientos y que, aunque la tuviera, estos mandamientos serán invalidos por ser generales, y porque invisten de tan amplia discrecionalidad a los mensajeros que pueden ser subversivos en relación con la libertad (*vid. ibidem*, pág. 47). La segunda Sentencia básica en la materia es la ya citada al comienzo de este trabajo: la Sentencia Entick v. Carrington [18 How.St.Trials 1030 (1765)], donde el juez Lord Camden señala que a) ni Halifax ni sus mensajeros tienen autoridad legal para emitir o ejecutar mandamientos y que b) además, éstos se han excedido en la ejecución de tales mandamientos, no adheriéndose de forma estricta a sus términos. Lord Camden recuerda las garantías que el *Common Law* impone a todo mandamiento: éste debe especificar qué papeles se buscan (*ibidem*, pág. 48).

Como se puede apreciar, la vinculación existente entre el ordenamiento constitucional norteamericano y el Derecho inglés es coincidente en el bien jurídico que se pretende proteger: la libertad personal.

⁷³ Esto no impide que dicha garantía también proteja, con menor intensidad, el derecho de propiedad, como ya se señaló en páginas anteriores.

⁷⁴ El Tribunal Supremo ha estimado que la regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas por vulnerar la IV Enmienda se extiende a los procedimientos cuasi-criminales en su Sentencia One 1958 Plymouth Sedan v. Pa, 380 US 693 (1965) [*vid. ISRAEL, J. H. y LAFAYE, W. R.: Criminal...* (1988), pág. 276-277. Sobre la materia, *vid. LAFAYE, W. R. y ISRAEL, J. H.: Criminal...* (1992), pág. 217 y ss.].

vos⁷⁵, pero permanece la duda en relación con los procedimientos civiles. El Tribunal Supremo americano, en su Sentencia US v. Janis⁷⁶, se niega a aplicar la regla de exclusión (*exclusionary rule*) de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas (por vulnerar la IV Enmienda) a un determinado proceso civil⁷⁷. La opinión de la mayoría de los jueces sugería que el litigio civil sobre la responsabilidad tributaria objetiva existía sin ser necesario examinar la criminalidad de las actividades del acusado⁷⁸.

La no extensión de la IV Enmienda al procedimiento civil es coherente con la concepción que aquí se mantiene de tal disposición, que ofrecerá su protección allí donde se ponga en peligro la libertad personal⁷⁹.

⁷⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada con las detenciones y registros de carácter administrativo no ha sido uniforme.

De un lado, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar que la IV Enmienda prohíbe acusar a una persona que rehusó permitir una inspección reglamentaria sin orden judicial en su residencia personal [Sentencia *Camara v. Municipal Court*, 387 US 523 (1967)] (en parecido sentido, la Sentencia *Wilson v. City of Cincinnati* [346 NE 2d 666 (1976)], del Tribunal Supremo de Ohio). La Sentencia *Camara* revoca la jurisprudencia anterior [representada especialmente por las sentencias *Frank v. Maryland*, 359 US 360 (1959) o *Eaton v. Price*, 364 US 263 (1960)], donde se sostenía que «cierto tipo de inspecciones administrativas incluidas generalmente en los programas municipales de inspección vinculados con los incendios, la salud y la vivienda fueron considerados como relacionados a lo sumo sólo con la periferia del "importante interés salvaguardado por la protección que la XIV Enmienda dispensa sobre la intromisión oficial"». Sin embargo, la jurisprudencia *Camara* ha sido matizada posteriormente por el Tribunal Supremo. Éste ha señalado, en la Sentencia *Wyman v. James* [400 US 309 (1971)], que no se vulneran ni la IV ni la XIV Enmienda en los casos en los que la negativa a permitir el acceso al local no conlleva consecuencias de índole penal (en el caso concreto que examina, la única consecuencia de tal negativa era el cese del pago de ciertos beneficios) (extraído de CORWIN, E. S.: *La constitución...*, págs. 457-458).

De otro lado, el Tribunal parece respaldar las entradas basadas en una norma legal. En efecto, en la Sentencia US v. *Biswell* [406 US 311 (1972)], el Tribunal Supremo confirma un registro de un comerciante de armas, realizado al amparo de la Ley de Control de Armas de Fuego de 1968, por entender que donde «las inspecciones reglamentarias defienden un interés federal urgente [...] la inspección puede realizarse sin orden si la ley lo autoriza específicamente» (*ibidem*, pág. 464).

⁷⁶ 428 US 433 (1976) (*vid.* ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 277).

⁷⁷ Debe hacerse notar que la policía local secuestró unas nóminas y el dinero encontrado en efectivo, y posteriormente dio a conocer la citada información a las autoridades federales, que actuaron contra el particular.

⁷⁸ El Tribunal señala también, en apoyo de su tesis, como el efecto disuasorio que sobre las fuerzas de seguridad tiene la aplicación de la regla de exclusión se atenúa «fuertemente» cuando la sanción impuesta al infractor es la remoción de tales evidencias en un litigio civil (*idem*).

⁷⁹ La única materia donde no se cumple esta condición es la relacionada con la deportación de personas que, a pesar de tener una evidente conexión con la libertad

Desde este punto de vista, parece comprensible que la IV Enmienda sea un derecho que solamente pueda suscitarse en relación con las injerencias producidas por el Gobierno Federal⁸⁰. En efecto, la jurisprudencia norteamericana se ha negado a aplicar la regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas a registros realizados por particulares, aunque se hagan valer éstas en procedimientos criminales o civiles⁸¹.

En conclusión, la IV Enmienda se vincula, sino de forma exclusiva sí de forma preferente⁸², a la libertad personal. Dos observaciones deben realizarse en relación con dicha conclusión. En primer lugar, resaltar como quizás la propia pervivencia de la IV Enmienda —que proviene de 1791— ha conservado también el contenido material de la misma. En segundo lugar, se ha constatado que la concepción norteamericana de la libertad personal es mucho más amplia que la nuestra, ya que incluye, junto a las garantías contra el arresto de la persona, otras que la protegen de registros arbitrarios y que, en nuestro sistema

personal, ha sido tratada de forma restrictiva por el Tribunal Supremo. Éste se ha negado a aplicar la regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas a procesos de deportación, Sentencia *INS v. López-Mendoza* [468 US 1032 (1984)], a la que aluden extensamente JEROLD H. I. y WAYNE R. LAFAVE, en *Criminal...* (1988), págs. 277-278.

⁸⁰ Dos observaciones pueden realizarse en relación con esta afirmación. En primer lugar, debe hacerse notar (como ya se señaló anteriormente) que la protección de la IV Enmienda se ha extendido a los Estados (y a sus respectivos Gobiernos) a través de la XIV Enmienda (en 1868). En segundo lugar, debe indicarse también que, si bien la IV Enmienda sólo protege frente a las intrusiones gubernamentales, el Tribunal ha mantenido una concepción muy amplia de lo que constituye el término *agentes gubernamentales* (incluyendo, por ejemplo, en esta categoría a los profesores de colegios públicos), Sentencia *New Jersey v. TLO* [469 US 325 (1985)] [*vid.*, en relación con la segunda observación planteada, SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), pág. 42].

⁸¹ Una postura crítica en ALLEN, R. J., y KUHNS, R. B.: *Constitutional...* (1985), pág. 779.

Tal actitud de la jurisprudencia norteamericana se ha evidenciado en las Sentencias *Barnes v. US* [373 F.2d 517 (5th Cir. 1967)] y *Sackler v. Sackler* [15 N.Y.2d 40, 203 NE 2d 481 (1964)], relacionadas con procedimientos criminales y civiles, respectivamente (*idem*). Es especialmente interesante la Sentencia *Burdeau v. McDowell* del Tribunal Supremo [256 US 465 (1921)], donde éste hizo notar como, a pesar de que la víctima del robo de sus papeles tenía un derecho de acción privada frente a los ladrones, no existía un registro gubernamental inconstitucional. En esta Sentencia, los jueces Holmes y Brandeis disintieron. En este mismo sentido, en la Sentencia *US v. McGuire* [381 F.2d 306, 313 n. 5 (2d Cir. 1967)] se afirma que «el avance de la IV Enmienda consiste en asegurar la protección frente a los funcionarios públicos, no frente a las intrusiones privadas». *Vid.* también la Sentencia *US v. McGreevy* [652 F.2d 788 (9th Cir. 1981)], donde se sostiene que la IV Enmienda no es aplicable a los funcionarios públicos que tienen como segundo trabajo el de oficial de seguridad privada cuando desarrollan esta actividad [*vid.* SALTZBURG, S. A.: *American...* (1984), págs. 297-298].

⁸² En páginas anteriores se ha señalado que la IV Enmienda ofrece también una protección instrumental al derecho de propiedad.

constitucional, como veremos, encuentran mejor acomodo en los derechos de defensa.

Otro país de nuestro entorno donde la vinculación entre la inviolabilidad del domicilio y la libertad personal es intensa es Francia. Como ya se señaló, la inviolabilidad del domicilio en el país vecino está en la actualidad⁸³ asegurada, de forma implícita, por la libertad individual (artículo 66 CF). En páginas anteriores se ha visto que la libertad individual no protege la propiedad; la cuestión es saber ahora si sirve, como en el pasado⁸⁴, al bien jurídico libertad personal.

Como ya se ha señalado, la garantía actual se vincula expresamente a la libertad individual, protegida —a su vez— por la autoridad judicial⁸⁵. «La libertad individual constituye [en palabras del Consejo Constitucional francés⁸⁶] uno de los principios fundamentales garantizados por las leyes de la República y proclamados por el Preámbulo de la Constitución de 1946, confirmado por el Preámbulo de la Constitución de 1958».

Es preciso recordar, antes que nada, los términos en los que el artículo 66 CF establece la libertad individual: «nadie puede ser arbitrariamente detenido. La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley»⁸⁷. De la simple lectura del precepto constitucional francés que reconoce la libertad individual se puede ya deducir que

⁸³ Como ya se ha indicado, en el pasado la inviolabilidad del domicilio tenía un reconocimiento expreso y autónomo (ver, como ejemplo, el artículo 9 de la Constitución francesa de 1791, en DUVERGER, M.: *Constitutions...*, pág. 32).

⁸⁴ Solamente en ese contexto tiene sentido que distintas regulaciones constitucionales pongan especial énfasis en la protección nocturna de los domicilios [*vid.*, así, los artículos 359 de la Constitución de 5 de Fructidor del año III (1795) y 76 de la Constitución de 22 de Frimario del año VIII (1799) —*ibidem*, págs. 109 y 117—]. Como PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVUANO ha señalado, la doctrina clásica francesa (DUGUIT, ESMEIN) conecta inviolabilidad del domicilio y libertad individual. Para el último autor citado, la libertad individual se descompone en (a) la libre circulación (la libertad «d'aller et de venir»), (b) la seguridad (en el sentido de libertad personal) y (c) la propiedad (en *La inviolabilidad...*, págs. 66-67). Por su parte, LOUIS FAVOREU propone en *Le Conseil...* una concepción amplia de libertad individual, que englobe la vida privada (pág. 412 y ss.).

⁸⁵ Solamente el Proyecto de Constitución de 1946 (artículo 7) conecta expresamente la inviolabilidad del domicilio con la garantía judicial (*vid.* DUVERGER, M.: *Constitutions...*, pág. 177). Por contra, el artículo 3 de la Constitución de 1848 solamente afirma que caben entradas en las formas y casos previstos en la ley.

⁸⁶ Decisión 76-75 DC, citada. ROBERT BADINTER y BRUNO GENEVOIS han observado que las libertades mejor protegidas son la libertad individual, la de opinión, la de conciencia y la de prensa (en *Normes...*, pág. 331).

⁸⁷ Trad. del fr.; *ibidem*, pág. 262.

ésta protege, en todo caso, la libertad personal. En efecto, solo así se entiende la alusión al supuesto de detención.

Ahora bien, es posible que la libertad individual proteja, junto a la libertad personal⁸⁸, otros bienes o derechos, tal y como ocurre en el Derecho norteamericano. Puede recordarse, en esta dirección, que la doctrina francesa ha defendido una concepción plural de la libertad individual.

En efecto, ciertos autores identifican la libertad individual con un bien jurídico concreto, como son Jean Rivero (quien la equipara en un primer momento con la seguridad⁸⁹ y, posteriormente, con el derecho a la *vida privada*⁹⁰) y Claude-Albert Colliard (con la libertad deambulatoria —*d'aller et venir*—⁹¹).

Otros, entre los que se encuentra François Luchaire, recuerdan que mientras que la libertad individual en sentido estricto es la libre circulación —la libertad de ir y venir—, el Consejo Constitucional la ha entendido en un sentido amplio, como el derecho reconocido a cada individuo de organizar su vida como quiera⁹². Esta forma de entender

⁸⁸ Esta vinculación entre libertad individual y libertad personal se ha puesto de manifiesto en la Decisión CCF 73-80 L, de 28 de noviembre, entre otras, que reafirma la doble garantía existente: normativa (es decir, que las medidas limitadoras del derecho deben encontrarse reguladas por ley) y judicial (lo que supone que la aplicación de tales medidas al caso concreto debe ser dictada por la autoridad judicial). La citada Decisión puede examinarse en FAVOREU, L. (ed.): *Recueil...*, págs. II-57 y ss.

⁸⁹ Como señalan RENOUX, T.: *Le conseil...*, pág. 514 y LUCHAIRE, F.: *Le conseil...*, pág. 194. Este último critica la postura de JEAN RIVERO por entender que la palabra «seguridad» no clarifica el término constitucional y que, además, la seguridad posee otros significados diferentes.

El propio JEAN RIVERO define la seguridad como «la certeza de los ciudadanos de que no serán objeto, especialmente por parte del poder, de medidas arbitrarias que priven su libertad material, tales como el arresto o la detención» (en *Liberté...*, pág. 74).

⁹⁰ RIVERO, J.: *Les libertés publiques*, 4.ª ed. París, 1989, pág. 66 y ss. También JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR incluyen la inviolabilidad del domicilio en la protección de la vida privada (en *Libertés...*, págs. 280-281).

⁹¹ COLLIARD, C.-A.: *Libertés...*, pág. 378. Por contra, BRUNO GENEVOIS clasifica las libertades de la persona distinguiendo entre libertad individual y libertad deambulatoria (y en la legislación que autoriza, bajo condiciones, la interrupción del embarazo) (en *La jurisprudence...*, pág. 208).

⁹² LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 381 y, en cercana dirección, del mismo autor, «liberté individuelle», en DUHAMEL, O. y MÉNY, Y. (dirs.): *Dictionnaire constitutionnel*. París, 1992, pág. 584, en el mismo sentido, PHILIPPE, X.: *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. París, 1990, pág. 359. Por su parte, LOUIS FAVOREU ha señalado que la libertad individual incluye la seguridad, la libertad deambulatoria (*d'aller et venir*), la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los lugares privados y, en fin, el secreto de la vida privada (en «La Cour de cassation, le Conseil Constitutionnel et l'article 66 de la Constitution

la libertad individual protege a las personas ante cualquier tipo de restricción de la libertad personal *stricto sensu* y ante toda medida que atente contra la *intimidad* de las personas⁹³.

Puede constatar, así, como ha señalado Javier Pardo Falcón⁹⁴, que a través de la libertad individual, el Consejo Constitucional francés protege derechos «de naturaleza y contenido netamente diferenciados» (como son (a) el derecho a la seguridad, es decir, a no ser arrestado ni detenido más que en los casos previstos en la ley; (b) la libertad deambulatoria; (c) el derecho a la vida privada y (d) la inviolabilidad del domicilio).

También Thierry Renoux⁹⁵ ha comprobado la existencia de tal noción extensiva de la libertad individual⁹⁶, justificándola por varios motivos: en primer lugar, cuando el artículo 66 se refiere a la detención, está sólo mostrando una aplicación concreta del principio (criterio li-

[A propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985)], *Recueil Dalloz Sirey* 23 (1986), pág. 175].

⁹³ LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382, en las págs. 79-80 de la misma obra, se llega a sugerir que también formaría parte de la libertad individual la libertad de venir al mundo.

⁹⁴ PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la V República*. Madrid, 1990, pág. 280-281. BRUNO GENEVOIS también parece distinguir *vida privada* e inviolabilidad del domicilio, cuando afirma que el Consejo Constitucional francés ha ampliado la noción de libertad individual a «los principios esenciales sobre los que reposa la protección de la libertad individual», la inviolabilidad del domicilio y ciertos componentes del derecho al respeto de la vida privada (en *La jurisprudence...*, pág. 209).

⁹⁵ RENOUX, T.: *Le Conseil...*, págs. 517-519. En el mismo sentido, *vid.* HAURIOU, A.; GICQUEL, J. y GÉLARD, P.: *Derecho...*, quienes entienden que la libertad individual se compone de las «diversas facultades que permiten a los ciudadanos o individuos realizar con independencia y eficacia su destino personal, en el marco de una sociedad organizada» (pág. 213). Los autores siguen constatando como la libertad individual se relaciona con la libertad política, aunque observan también que «la reivindicación de los derechos individuales es en realidad más profunda que el deseo de participar en el gobierno». Como BENJAMIN CONSTANT señaló: «El objeto de los antiguos era la división del Poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria. Esto es a lo que se llamaba libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en el goce de lo privado, y llaman libertad a las garantías concedidas para estos goces por las instituciones» (págs. 213-215). *Vid.* también ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67 y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 80.

⁹⁶ Después de constatar que la noción de libertad individual es ambigua en la doctrina. Entre las interpretaciones extensivas del instituto objeto de examen, señala la de R. GASSIN. Éste incluye en la libertad individual todos los derechos fundamentales que son «prolongación de la persona». El mismo THIERRY RENOUX optará finalmente por un concepto amplio de la seguridad, como «la protección acordada por la sociedad a cada ciudadano para la conservación de su persona, sus bienes y sus derechos» (*ibidem*, pág. 514 y ss.).

teral); en segundo lugar, parece conveniente dar la misma protección a otras libertades esenciales (criterio de *bon sens*); en tercer lugar, los textos han protegido y protegen la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (criterio normativo); en fin, el Consejo Constitucional ha asegurado en su Decisión 76-75 DC (12 de enero de 1977) la libertad individual frente al registro de vehículos, amparando la *intimidad* de la *vida privada* (y no la inviolabilidad del domicilio).

Por fin, Louis Favoreu explica que la libertad individual puede entenderse en un sentido estricto (como seguridad) o bien en un sentido más amplio, que incluye, además de la seguridad, la libertad deambulatoria, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y, en general, el respeto a la intimidad de la vida privada; es decir, en expresión de Jean Roche, a una esfera de existencia sustraída a la curiosidad de terceros⁹⁷.

Parece claro que la doctrina francesa y la jurisprudencia del Consejo Constitucional del mismo país han optado, pues, por realizar una construcción muy amplia de la libertad individual que supera en todo caso la estricta protección de la libertad personal. Ello obliga a plantear un nuevo interrogante diferente al anterior.

En efecto, si se acepta que la garantía de la libertad individual contiene diversos elementos (que aquí no van a tratar de ser determinados por exceder de las pretensiones de este trabajo); si se comparte, también, que entre tales elementos se encuentra la inviolabilidad del domicilio⁹⁸, ¿es posible mantener que este determinado elemento (la inviolabilidad del domicilio) que configura, con otros, la libertad individual del artículo 66 CF protege la libertad personal?

La respuesta a esta pregunta debe ser negativa. La doctrina, aunque no resuelve de forma unánime el problema positivo de la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio —como manifestación de la libertad individual—, sí que coincide en estimar que en todo caso no protege la libertad personal, entendida ésta como exclusión de cualquier tipo de vínculo que implique custodia o detención del individuo en un determinado recinto. La misma conclusión puede extraerse de las Decisiones que el Consejo Constitucional francés ha adoptado en tal materia⁹⁹.

⁹⁷ FAVOREU, L.: *Le Conseil...*, págs. 412-414.

⁹⁸ Se omite por haber sido ya tratada anteriormente la polémica de la posible conexión entre la libre elección de residencia y la inviolabilidad del domicilio.

⁹⁹ Decisiones 75 DC y 164 DC, ya citadas.

En Italia, el problema planteado (la conexión entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal) tampoco tiene una respuesta sencilla.

De un lado, la perspectiva histórica de la inviolabilidad del domicilio debe centrarse en el artículo 27 del Estatuto Albertino de 1848. Este artículo dispone que el domicilio es inviolable. No podrá verificarse ninguna entrada domiciliaria sino en virtud de la ley y en la forma que determine la misma. Ya en esta Carta Otorgada, la inviolabilidad del domicilio se regula de forma autónoma, aunque a continuación de la libertad personal (regulada en el artículo 26 del mismo texto¹⁰⁰). La única relación que podría establecerse entre ambos derechos es que las garantías previstas para uno y otro son análogas¹⁰¹.

En la vigente regulación de la inviolabilidad del domicilio (contenida en la Constitución de 1947) esta vinculación en relación con las garantías es, si cabe, y en principio, más clara. En efecto, el artículo 14 de dicha Constitución dispone, en su segundo párrafo, que «no se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal»¹⁰², lo que se concreta en la necesidad de un acto motivado de la autoridad judicial que autorice las inspecciones o registros domiciliarios¹⁰³. La cuestión que debe resolverse es la de si la inviolabilidad del domicilio es una garantía añadida a la libertad personal; es decir, si aquélla debe ser considerada prolongación de ésta¹⁰⁴.

La respuesta doctrinal a tal interrogante ha sido, por lo general, pacífica. Si bien, de un lado, se ha recordado la vinculación tradicio-

¹⁰⁰ Comienza señalando el artículo «queda garantizada la libertad individual»...

¹⁰¹ En efecto, en el artículo 26 se señala a continuación que «nadie podrá ser detenido ni entregado a los Tribunales sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta determina».

¹⁰² Trad. por DARANAS, M.: *Las Constituciones...*, II, , págs. 1221-1222 (el subrayado corresponde a este trabajo). Para SOFO BORGHESE, «El derecho de libertad personal, primero y esencial, [es] del cual descienden todos los demás de libertad» (en *Nozioni di Diritto Costituzionale*, 10.ª ed. Milán, 1990, pág. 178).

¹⁰³ El artículo 13 de la Constitución de 1947 dispone que «La libertad personal es inviolable. No procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por auto razonado (*atto motivato*) de la autoridad judicial y únicamente en los casos y en la forma previstos por la ley... (Trad. por DARANAS, M.: *Las Constituciones...*, II, pág. 1221).

¹⁰⁴ En expresión de MORTATI, C.: (*Istituzioni...*, pág. 1059), que matiza tal afirmación posteriormente. Para ALDO BOZZI, el domicilio (a efectos constitucionales) se considera como proyección del modo de ser de la libertad personal (en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 4.ª ed. Milán, 1973, pág. 444) y, finalmente, para ALESSANDRO PIZZORUSSO se trata de una especificación de la libertad personal (en *Sistema...*, pág. 422).

nal de la inviolabilidad del domicilio en relación con la libertad personal¹⁰⁵, también se ha puesto énfasis en la autonomía de la primera sobre la segunda¹⁰⁶, por proteger bienes jurídicos diferentes¹⁰⁷. El mismo Tribunal Constitucional italiano ha invocado la diferencia entre ambos derechos en la Sentencia 56/1973¹⁰⁸. Tal resolución tenía su origen en el planteamiento de la legitimidad constitucional de la facultad de los oficiales de la policía tributaria de efectuar registros domiciliarios sin autorización judicial, cuando haya noticia o sospecha fundada de violación de las leyes tributarias constitutiva de delitos. El Tribunal Constitucional aprovecha la ocasión para distinguir la inviolabilidad del domicilio de la libertad personal, señalando que la persecución y la inspección personales no pueden realizarse si no es por auto motivado de la autoridad judicial, y sólo en el caso y en las formas previstas por la ley (artículo 13.2 CI). Los procedimientos restrictivos de la libertad personal operados por la autoridad de seguridad pública están limitados por las condiciones tasadas rigurosamente de excepcionalidad, necesidad y urgencia (artículo 13.3 CI). Ya en relación con la inviolabilidad del domicilio, es cierto que ésta muestra una cierta equiparación con la libertad personal al exigirse, en principio, las mismas garantías prescritas para ésta última (artículo 14.2 CI). Pero no es menos cierto que respecto de la inviolabilidad del domicilio subsiste una derogación relacionada con los fines económicos y fiscales, y también por motivos de sanidad y seguridad

¹⁰⁵ FAUSTO CUOCOLO señala que la libertad del domicilio está estrechamente conectada a la libertad personal (en *Istituzioni...*, pág. 631; BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 860). Los últimos autores citados estiman que la libertad domiciliaria viene a configurarse como la situación jurídica activa más directa e inmediatamente conexas a la libertad personal (aunque posteriormente señalen que no pueden identificarse ambas garantías, por existir, también, otras conexiones instrumentales entre la libertad domiciliaria y derechos públicos subjetivos distintos a la libertad personal). En apoyo a la primera tesis, PAOLO BARILE y ENZO CHELI recuerdan el artículo 8 del Proyecto de Constitución de 1948, donde se trataban ambas disciplinas conjuntamente (*idem*). También recuerdan este mismo dato ALESSANDRO PACE en su *Problematica...*, pág. 227, PAOLO G. NACCI [en «Libertà di domicilio», en AA.VV.: *Problemi attuali di Diritto Pubblico* (a cura de PAOLO G. NACCI y A. LOIDICE). Bari, 1990, pág. 40] y CARLO E. TRAVERSO (en *La libertà...*, pág. 70 y, también, en *La nozione...*, pág. 613).

¹⁰⁶ De imprescindible lectura son las páginas que IGNAZIO FASO dedica a la relación (y, también, a la distinción) de los artículos 14 y 13 CI (en *La libertà...*, págs. 99-105). Ver, también, BOZZI, A.: *Istituzioni...*, pág. 442 y CARETTI, P.: *Domicilio...*, pág. 321.

¹⁰⁷ *Vid.*, entre otros, MORTATI, C.: *Istituzioni...*, págs. 1059-1060; BOZZI, A.: *Istituzioni...*, pág. 444 y FASO, I.: *La libertà...*, págs. 104-105.

C. LAVAGNA (*Diritto Costituzionale*, vol. I, Milán, 1957, pág. 294) clasifica las libertades según su contenido (distinguiendo de la libertad personal la libertad espacial y residencial —donde incluye la inviolabilidad del domicilio— y la libertad moral y de pensamiento).

¹⁰⁸ Sentencia TCI de 9 de mayo, que puede consultarse en *GC*, 1973, pág. 757 y ss.

pública, contemplados en el artículo 14.3 de la Constitución¹⁰⁹, que no existen en relación con la libertad personal y que postulan, así, su autonomía.

Esta jurisprudencia constitucional establece que la inviolabilidad del domicilio no protege la libertad personal, siendo aquélla una libertad autónoma y más limitada que ésta.

Se han examinado hasta este momento algunos ordenamientos constitucionales extranjeros. Con la excepción del ordenamiento americano, se ha constatado que en los ordenamientos constitucionales francés e italiano, la inviolabilidad del domicilio no protege la libertad personal. Este examen, simplemente instrumental, puede servir para analizar la relación que existe, en nuestro ordenamiento, entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal.

Como ya se ha señalado, el reconocimiento constitucional de la inviolabilidad del domicilio en España es relativamente temprano y ha conocido varias formulaciones diferentes. En algunas de ellas puede vislumbrarse con cierta nitidez¹¹⁰ el papel instrumental que la inviolabilidad juega en relación con la libertad personal, como ocurre con los artículos 7 de la Constitución de 1837 y 7 de la Constitución de 1845 —de idéntica redacción—, que declaran que «no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»¹¹¹. Ambas materias aparecen también profundamente imbricadas en el Proyecto de Ley de Joaquín Bravo Murillo sobre la Seguridad de las Personas, de 1 de diciembre de 1852¹¹². Con la formulación

¹⁰⁹ Sentencia TCI 56/1973/6, de 9 de mayo.

¹¹⁰ Aunque parece existir una vinculación histórica entre inviolabilidad del domicilio y libertad personal, no puede aseverarse de forma incontestable en el artículo 306 de la Constitución de Cádiz, que puede consultarse en ESTEBAN, J. de: *Constituciones españolas y extranjeras I*. Madrid, 1977, pág. 70.

¹¹¹ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, págs. 149 y 160, respectivamente. Retomado posteriormente en el artículo 8 de la Constitución no promulgada de 1856 (*ibidem*, pág. 201), que añade la responsabilidad civil de los responsables que vulneren tal derecho (en su segundo párrafo).

¹¹² Es especialmente interesante recordar, ahora, sus tres primeros artículos, que pueden revisarse en ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 198. Deben tomarse también en consideración las regulaciones contenidas en las sucesivas Leyes de Enjuiciamiento Criminal —de 1872 (artículo 428 y ss.) y 1882 (artículo 545 y ss.)—, que amparan una garantía muy amplia de la libertad personal decimonónica —aunque en la actualidad pueda observarse que garantizan diversos bienes jurídicos de relevancia constitucional (como son, por ejemplo, la libertad personal o los derechos de defensa)—. La Ley de 1872 puede consultarse en PELÁEZ DEL ROSAL, M.: *Legislación Orgánica y de Administración de Justicia*. Barcelona, 1984. Por último, también es relevante la regulación con-

recogida en el artículo 5 de la Constitución de 1869¹¹³, se muestra una conexión más clara con la libertad personal y con los derechos de defensa. En el citado precepto se habla, en efecto, de aprehensión —en relación con el delito flagrante— y de registro (regulándose incluso, las formalidades con las que debe celebrarse), limitando las entradas nocturnas por influencia del constitucionalismo francés¹¹⁴). La Constitución de 1876 también va a regular conjuntamente la prohibición de poder entrar en el domicilio de todo nacional o extranjero residente en España sin su consentimiento (excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes) (párrafo primero) y el procedimiento constitucional de efectuar registros domiciliarios (párrafo segundo)¹¹⁵.

La vigente regulación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro ordenamiento constitucional mantiene aún dos pequeños engarces con la noción liberal —extensiva, como ya se ha visto— de la libertad personal. En efecto, la Constitución, tras afirmar que el domicilio es inviolable, sigue afirmando que ninguna «entrada o registro»¹¹⁶ puede hacerse en él (sino en caso de consentimiento del titular, existencia de flagrante delito o de una resolución judicial). El Constituyente ha añadido el término registro junto al de entrada, prohibiendo, en princi-

tenida en el Código Penal [de 1850, artículos 414 y 299; en el Código Penal reformado (1870), artículos 504 y 215; de 1932, artículos 482 y 205; de 1944 y 1973, artículos 490 y 191 y, finalmente, de 1995, artículos 202-204 y 534.1].

¹¹³ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 235. *Vid.*, también, el artículo 7 del Proyecto de Constitución Federal de la República española, de 17 de julio de 1873 (*ibidem*, págs. 252-253).

¹¹⁴ *Vid.* los artículos 359 y 75 de las Constituciones de 5 de Fructidor an III (1795) y de 22 de Frimaire an VIII (1799), respectivamente.

¹¹⁵ ESTEBAN, J. de: *Constituciones...*, pág. 268. *Vid.* también el artículo 23.5 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 y el artículo 31, párrafo cuarto, de la Constitución de 1931 (*ibidem*, págs. 283-284 y 317, respectivamente).

¹¹⁶ Esta expresión no aparecía ni en el anteproyecto de la constitución (SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, 1980, pág. 10), ni en el Anexo al Informe de la ponencia designada para estudiar las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución. En este último texto se declaraba, en el artículo 17.2, que «El domicilio es inviolable. Ninguna investigación domiciliaria podrá realizarse sin mandamiento judicial, salvo en caso de flagrante delito o con consentimiento expreso del titular» (*ibidem*, pág. 603).

En el Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, el señor Castellano Cardalliaquet, en representación del Partido Socialista Obrero Español, defiende la conveniencia de alterar el término investigaciones domiciliarias por orden de entrada y registro. Se apoya en que la expresión del Anteproyecto no es tradicional en nuestra legislación y es ambigua (*ibidem*, pág. 1061). Sin embargo, la expresión recogida finalmente en la Comisión es la de «entrada o registro» (*ibidem*, pág. 1068), así como en su dictamen (*ibidem*, pág. 1806) y posteriores versiones, sin que se justifique el cambio de la copulativa por la disyuntiva.

pio¹¹⁷, las entradas o registros que no se apoyen en ninguno de los títulos (consentimiento, resolución judicial o flagrante delito) contenidos en el propio precepto.

En segundo lugar, debe recordarse que el propio precepto constitucional permite la entrada domiciliaria en caso de flagrante delito. Y es que la legislación ha posibilitado tradicionalmente en nuestro Derecho aprehender a los delincuentes cuando estos fueran sorprendidos en delito flagrante¹¹⁸.

Ya en el campo de la legalidad ordinaria, debe considerarse, en esta misma línea, la inclusión de la tipificación del delito de allanamiento de morada entre los que atacan la *libertad y seguridad* (en un Código Penal decimonónico) y la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo que ha mantenido tal idea¹¹⁹.

La expresión «entrada o registro», que es la utilizada en el artículo 18.2 CE, puede ser interpretada en un doble sentido. De la elección de una u otra se derivarán importantes consecuencias para el estudio del instituto, en cuanto que permiten articular de una u otra forma la inviolabilidad del domicilio.

La primera interpretación que puede realizarse del término «entrada o registro» es restrictiva. Partiría de que la Constitución otorga el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo para oponerse a las entradas que conlleven registro domiciliario. Este registro domiciliario se entendería como una injerencia que acabaría afectando a la libertad personal. Tal exégesis del precepto haría de éste una garantía aplicable, fundamentalmente, a la fase de instrucción del proceso penal, en relación con los medios penales de prueba. Impediría, así, la aportación o utilización de pruebas obtenidas con vulneración de la inviolabilidad del domicilio.

¹¹⁷ Vid. el primer capítulo de la segunda parte de este trabajo, dedicado al examen del *orden público constitucional* como criterio delimitador de los derechos fundamentales.

¹¹⁸ Artículo 553 LECr y el citado artículo 5 de la Constitución española de 1869. La afectación del flagrante delito al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio será examinada *infra* (capítulo tercero de la segunda parte de este trabajo).

¹¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo donde se indica que el allanamiento de morada protege la libertad y seguridad personal: Ar. 1993/9275/1; Ar. 1992/2360/1 (aunque reiterado también en otros fundamentos de la Sentencia); Ar. 1987/8458/1; Ar. 1979/2763/1 (con referencia también a la protección del sagrado del hogar); Ar. 1970/5295/1; Ar. 1968/4038/3 y Ar. 1965/5028/ún. y, especialmente, la 1994/10153/ún. Asimismo FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, señala, desde la óptica del Derecho Constitucional, que la inviolabilidad del domicilio protegía, en sus primeras formulaciones, la libertad y seguridad personal (en *El sistema...*, pág. 221). También la Sentencia TS Ar. 1986/6803/4, referida a una diligencia judicial de entrada y registro (artículos 545 y ss. LECr) recoge la misma idea.

En apoyo de esta tesis podrían ser alegados, en primer lugar, los precedentes constitucionales (examinados *supra*). En segundo lugar, podría deducirse tal lectura restrictiva de la inviolabilidad del domicilio de algunos debates parlamentarios relacionados con el proceso de elaboración del artículo 18.2 de la Constitución, que conectaban la inviolabilidad del domicilio con la investigación relacionada con delitos¹²⁰ o con la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²¹. En tercer lugar, también patrocinan esta solución los argumentos esgrimidos por algunos sectores doctrinales en la misma dirección¹²².

La segunda interpretación posible del término «entrada o registro», sería la de entender que el «registro» domiciliario es solamente uno de los posibles motivos de entrada, que se ha señalado en el texto a mero título de ejemplo. Si se acoge esta tesis, deberá aceptarse también que lo prohibido por el artículo 18.2 CE son las «entradas», independientemente del fin que éstas persigan.

Esta segunda interpretación debe reputarse como correcta, por varios motivos. En primer lugar, parece claro que el nexo disyuntivo que enlaza «entrada» y «registro» no puede ser desconocido por los aplicadores del Derecho. No puede alegarse a este respecto que la voluntad del constituyente fuera la de proteger solamente las entradas relacionadas con registros domiciliarios, ya que alguna intervención parlamentaria en el proceso de elaboración del (actual) artículo 18.2 de la Constitución parece optar por una protección mucho más amplia¹²³ y, en todo caso, debería darse

¹²⁰ Así, el Diputado Vega Escandón (UCD), en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, señalaba que: «Por ello parece obvio que la sociedad necesita establecer unos medios, unos cauces, unas formas para la investigación de los delitos [...] debe establecerse también con toda seguridad la posibilidad de que la sociedad misma [...] fije unos cauces y una formas adecuadas para que sea posible la investigación de los delitos...» [SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1065].

¹²¹ *Ibidem*, pág. 1063.

¹²² Por todos, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F.: *Inviolabilidad...*, pág. 43-44. También alude al registro MASSO GARROTE, M. F.: *Nota...*, págs. 152 y ss. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, págs. 187 y ss. (especialmente, págs. 189-191).

¹²³ El diputado Guerra Fontana recuerda, en este sentido, la protección internacional del derecho [artículo 12 DUDH, artículo 17 PIDCP (1966) y el artículo 8 CEDH; así como la Resolución del Congreso de la Comisión Internacional de Juristas —Atenas, 1955— y la Conferencia de Países Nórdicos —Estocolmo, 1967—], y su vinculación general con la intimidad en el Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados [SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1064].

una interpretación favorable a la aplicación del derecho fundamental¹²⁴.

Pero es que, además, a esta solución apuntan argumentos de distinta índole. Así, en primer lugar, debe señalarse que si bien todo registro exige entrada, caben también entradas con fines distintos que vulneran igualmente la inviolabilidad del domicilio. Entre otros argumentos, normativos, debe destacarse que si bien es cierto que en nuestra historia la Constitución establecía, junto a la inviolabilidad del domicilio los requisitos del registro¹²⁵, en la actualidad, sin embargo, tales requisitos que deben respetarse en los registros domiciliarios no se regulan en la Constitución, sino que se encuentran contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Más concluyente es, si cabe, el argumento dogmático. Es cierto que las normas referidas a la realización de registros domiciliarios, aunque de rango legal (artículos 545 y ss. LECr), puedan incidir en los derechos fundamentales. Es en este sentido posible que una supresión de tales garantías suponga una vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, el derecho presuntamente vulnerado no sería entonces la inviolabilidad del domicilio sino, más correctamente, los derechos de defensa (artículo 24.2 CE). Y es que la única relevancia para la inviolabilidad del domicilio deriva de la entrada. De hecho, en relación con el allanamiento de morada (protección penal del derecho fundamental) el Tribunal Supremo español ha considerado tradicionalmente irrelevante los motivos que producen la comisión del tipo. Es decir, para constatar la comisión del delito, no es necesario conocer con qué fines el agente entró en morada ajena o se mantuvo en ella en contra de la voluntad de su morador¹²⁶.

¹²⁴ El Tribunal Constitucional se ha referido, en ocasiones, a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales (Sentencias 159/1986/6 y 23/1988/2, de 12 de diciembre y de 22 de febrero, respectivamente).

¹²⁵ *Vid.*, por todos, el artículo 5 de la Constitución de 1869, analizado *supra*.

¹²⁶ Esta jurisprudencia se asienta en varias Sentencias TS, como son los Ar. 1965/0241/ún., Ar. 1933/2325/3, Rec. 1887/0014/2, aunque se separa de estas la Rec. 1884/0666/2. Asimismo, en la Sentencia TS Rec. 1902/0110/1, se toca el problema de la comisión instrumental del allanamiento de morada para la comisión de otro delito (de lesiones menos graves, en este caso). En 1895, y en relación con el Código Penal de Filipinas, el Tribunal Supremo casa una Sentencia de la Sala Criminal de la Audiencia de Manila, que absolvió al condenado por no poder determinar el objeto que perseguía con la entrada (Sentencia TS Rec. 1895/0135). Toda esta jurisprudencia ha sido muy bien resumida en la Sentencia TS Rec. 1896/0136/1, que indica que «el propósito no es elemento del tipo».

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha utilizado como criterio para negar la existencia de una actuación antijurídica la falta de dolo específico de vulnerar la morada, dotando de sentido jurídico la finalidad perseguida por el agente en la comisión del delito. Esta jurisprudencia, que desvirtúa la contenida en las Sentencias que se acaban de citar, se ha dictado cuando el infractor posea algún derecho o interés relacionado

Partir de tal lectura del precepto constitucional examinado, conlleva la imposibilidad práctica de conectar la inviolabilidad del domicilio con la libertad personal, puesto que aquélla trasciende a ésta. Por ello, la estructura del Código Penal de 1973 o los pronunciamientos del Tribunal Supremo que, en relación con el allanamiento de morada, sostienen que protege la libertad personal, deben entenderse superados¹²⁷. De hecho, el Código Penal aprobado el 23 de noviembre de 1995 regula el allanamiento de morada entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X del Libro II).

3. LA VIDA PRIVADA Y LA *PRIVACY*

3.1. Introducción

En páginas anteriores se ha visto que la jurisprudencia constitucional, la ordinaria y la doctrina conectan habitualmente la inviolabilidad del

con el lugar donde entró o la persona que lo ocupaba (Sentencias TS Ar. 1972/1700/ún. y Rec. 1904/0172/2) y, en especial, cuando el propietario de la casa invadía ésta que era, al tiempo, morada de terceras personas (Sentencias TS Rec. 1923/0152, Rec. 1918/0119, y Rec. 1908/0080, que han sido comentadas *supra*), además de otros supuestos singulares (descritos en las Sentencias TS Ar. 1966/1849/ún., Ar. 1966/0245/ún., Ar. 1965/0640/1, Ar. 1961/0222/ún., Rec. 1924/0248/7).

Una excepción a la irrelevancia del propósito perseguido con la entrada es la tipificación del delito de robo en casa habitada. Éste supone e incluye en su penalización el allanamiento de morada, necesario e instrumental, para su comisión. Por eso es discutible si en tal tipo no hay, junto a un ataque contra la propiedad, una lesión de la intimidad e incluso de la seguridad de los moradores (en contra, la Sentencia TS Ar. 1965/5028/ún.). Es difícil deslindar en ocasiones ambos tipos penales en la práctica. Así, por ejemplo, en la Sentencia TS Rec. 1887/0450/1, el Tribunal entendió que no existía allanamiento de morada (artículo 504 del Código Penal), sino tentativa de robo en casa habitada (artículo 516.5 del mismo cuerpo legal), porque la intención del delito, que se muestra en los hechos probados, indica que el fin era robar. Por contra, en la Sentencia TS Rec. 1881/0047/2, el Tribunal optaba por aplicar el delito de allanamiento de morada y no el de robo en casa habitada, basándose en que éste último delito no se había comenzado a ejecutar.

¹²⁷ En efecto, la interpretación de las normas infraconstitucionales debe adaptarse al texto constitucional. En relación con entradas domiciliarias, el Tribunal Supremo ha invocado una nueva lectura del artículo 215 del Código Penal (precedente de los vigentes 204 y 534.1), en relación con el artículo 6 de la Constitución de 1876, en las sentencias TS Rec. 1887/0090/1 y Rec. 1886/0307/1.

En ciertas ocasiones, también el Tribunal Supremo ha comparado la regulación de la inviolabilidad del domicilio en distintos textos constitucionales (en concreto, los de 1869 y 1876). *Vid.*, al respecto, las Sentencias TS Rec. 1888/0445/1 y Rec. 1883/0523/1.

domicilio con la vida privada, la *privacy* y la intimidad. Para poder hacer frente a esta diversidad terminológica y determinar con mayor precisión cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio, conviene partir de una observación previa: la utilización de nociones tales como *vida privada* o *privacidad* tiene su origen en categorías jurídicas (*vida privada* y *privacy*) que han surgido y se han desarrollado en otros ordenamientos distintos al nuestro.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta idea puede ilustrarse con dos consideraciones de distinto tipo. Así, de un lado, cuando el Tribunal utiliza la expresión «*vida privada*», parece claro que interpreta los artículos 18.1 y 2 CE en relación con normas internacionales (en especial, al artículo 8 CEDH). Tal actuación está expresamente posibilitada, y más aún, ordenada por el artículo 10.2 CE, que señala que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

De otro lado, parece que la utilización (incorrecta desde el punto de vista gramatical) del término «*privacidad*» (como la de *privatezza* en el marco del Derecho Constitucional italiano¹²⁸), proviene de la protección de la «*privacy*», propia del Derecho norteamericano.

Las siguientes páginas de este trabajo van a tratar de examinar estos términos allí donde han surgido para concretar su origen y alcance, así como su conexión con la inviolabilidad del domicilio. No obstante, antes de pasar a realizar tal estudio conviene hacer dos observaciones previas. La primera consiste en reiterar que el propósito que van a perseguir las siguientes líneas no es analizar la protección de la inviolabilidad del domicilio, sino la de examinar el surgimiento y alcance de las nociones de *vida privada* (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de *privacy* (Estados Unidos) para, posteriormente, estudiar su conexión con la inviolabilidad del domicilio y con la *intimidad*. La segunda observación que debe realizarse es que las siguientes páginas no pretenden realizar un análisis de tales institutos jurídicos que lleve a un estudio de materias que, de forma evidente, superen los marcados al principio de esta investigación.

¹²⁸ FASO, IGNAZIO, *La libertà...*, págs. 82 y 83.

3.2. El problema en las normas internacionales relativas a derechos humanos, con especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Varios son los textos internacionales en los que se garantiza la inviolabilidad del domicilio¹²⁹. De ellos, y por varios motivos, quizás el más importante en nuestra esfera geográfica y política es el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por un lado, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado un «derecho común europeo»¹³⁰ (que, esto sí, debe considerarse autónomo en relación con el nacional). Por otro, la protección deparada por el Convenio adquiere un relieve muy especial para los países comunitarios, ya que el artículo F.2 del Tratado de Maastricht vincula a la Unión Europea (artículo A) al respeto de los derechos fundamentales «tal y como se garantizan en el Convenio»¹³¹.

El artículo 8 CEDH asegura, en su apartado primero, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada familiar, *de su domicilio* y de su correspondencia. Su segundo apartado establece que «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

¹²⁹ *Vid.* los artículos 12 DUDH (1948), 17 PIDCP (1966), 9 DADDH (1948) y 11 CADH (1969) (todas las referencias se pueden consultar en CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento de los derechos humanos*. Madrid, 1982, págs. 63-64, 131-132, 53-54, y 177-178).

¹³⁰ Se alude al ya clásico trabajo de PETER HÄBERLE: «Derecho Constitucional común europeo», publicado en la *REP*, 79 (1993), especialmente pág. 22, nota 47 y su posterior «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», manuscrito (1992), págs. 2-3.

¹³¹ También se vincula el Tratado a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Esta vinculación del Tratado de la Unión Europea no parece que resuelva de forma definitiva el problema de la protección de los derechos humanos en la Comunidad. Sobre la cuestión, *vid.*, en general, el trabajo de quien escribe estas líneas *Derecho...*, pág. 5174, en el mismo sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (en su obra, escrita con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. 2.ª ed. Madrid, 1986, pág. 66), donde señala que «Normalmente la tabla del Convenio asegura un *standard menor* que el de la Constitución, pero esa afirmación habría de matizarse bastante si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que ha interpretado normalmente con especial *amplitud* los derechos de dicho Convenio».

protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»¹³².

El origen del artículo 8 CEDH parece apuntar al artículo 12 DUDH (1948), que señala 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». Como Jacques Velu y Rusen Ergéc han señalado¹³³, el artículo 8 CEDH es, en relación con el artículo 12 DUDH, menos favorable; pero depara, a la vez, una mayor protección. En primer lugar, es menos favorable porque el Convenio no retoma la referencia de la protección de la honra y de la reputación que sí se recoge en la Declaración¹³⁴. En segundo lugar, contiene un mayor grado de protección, ya que —además de prohibir las injerencias arbitrarias— contiene reservas de tipo formal —la injerencia debe estar prevista en una ley— y material —necesidad de la medida para la protección de determinados intereses en una sociedad democrática—.

El aludido derecho al respeto del domicilio se ha interpretado tradicionalmente como uno de los mecanismos de protección de la *vida privada*. Este derecho general a la vida privada es relativamente joven¹³⁵ y presenta una paradoja en relación con el derecho de *privacy* reconocido tradicionalmente en los ordenamientos anglosajones: si bien es materialmente más extenso que el que se protege en éstos (es decir, tiene un mayor contenido¹³⁶ —a pesar de ser éste contingente¹³⁷; es decir, variable en el tiempo y en el espacio—), posee —como se verá más adelante— unas garantías menores.

A pesar de la dificultad de acotar la noción de *vida privada*, parece claro que, en todo caso, ésta incluye dos vertientes, tal y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: una clásica, el de-

¹³² El texto se toma de CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento...*, págs. 73-74, pero el subrayado corresponde a este trabajo.

¹³³ VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruselas, 1990, pág. 528.

¹³⁴ También FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ha señalado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege el honor (en *Honor...*, pág. 44).

¹³⁵ VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, págs. 535-536.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 536.

¹³⁷ FRÉDÉRIC SUDRÉ ha hecho notar como la noción de *vida privada* es contingente, «que no puede ser definida con precisión» (en *La Convention européenne des droits de l'homme*. París, 1990, pág. 102). Debe recordarse que esta afirmación es muy cercana a la ya examinada del Tribunal Constitucional español, cuando este hacía notar la dificultad existente en el intento de «acotar con nitidez el contenido de la intimidad» (Sentencia 110/1984/3, de 26 de noviembre).

recho al secreto de la vida privada —entendida ésta de forma más amplia que la intimidad, pues se conecta, también, con la actividad profesional de la persona¹³⁸—; la otra, más novedosa, y que consiste en el derecho a la libertad de la vida sexual¹³⁹. Esta visión del derecho¹⁴⁰ implica no solamente una pretensión de abstención, sino también un derecho general de libertad —incluyendo los derechos al matrimonio, a fundar una familia o a la igualdad de los cónyuges¹⁴¹—, que se expresa en una prohibición general de injerencias arbitrarias de los poderes públicos¹⁴².

Una de las vertientes que conforman el derecho a la vida privada es el domicilio, cuyo respeto impone el artículo 8.1 CEDH. Hasta fechas relativamente recientes, la doctrina presumía que el mencionado respeto del domicilio garantizaba, aunque no únicamente, la inviolabilidad del domicilio.

Los órganos del Consejo de Europa no habían relacionado, hasta 1989, respeto e inviolabilidad del domicilio. En todo caso parecía que, para la Comisión y el Tribunal europeos, la categoría del respeto del domicilio era más amplia que la de la inviolabilidad del domicilio, ya que incluía otras garantías¹⁴³.

En la actualidad, no cabe ninguna duda de que la inviolabilidad del domicilio está garantizada en el artículo 8 CEDH. Si esta idea podía deducirse (por vía interpretativa) de la Decisión de la Comisión de 30 de mayo de 1974 y de la Sentencia Gillow del Tribunal de Estrasbur-

¹³⁸ Sentencia Niemietz, de 16 de diciembre de 1992, considerando 29. *Vid.*, en este sentido, RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid, 1995, pág. 28.

¹³⁹ *Idem vid.* también la estructura del trabajo de VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*

¹⁴⁰ Que, debe señalarse, no es la única existente en el panorama doctrinal europeo. Así, por ejemplo, los profesores JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR han señalado que la vida privada contiene en sí el respeto de los comportamientos, el anonimato y el respeto de la vida relacional de la persona (en *Libertés...*, pág. 295 y ss.).

¹⁴¹ Tales derechos (que pueden ser examinados en VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, párrafos 696 a 706), escapan a la noción que en nuestra doctrina y jurisprudencia se mantiene de intimidad, y tienen una sustantividad autónoma.

¹⁴² Sentencia Niemietz, Considerando 31.

¹⁴³ Inciden, por ejemplo, en la regla del respeto del domicilio medidas expropiatorias (Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1982) o la negativa de permitir a unos propietarios el habitar en su casa (Sentencia Gillow, de 24 de noviembre de 1986). Por contra, el derecho al respeto del domicilio no implica un derecho subjetivo a poseer un domicilio conveniente (*convenable*) (Decisiones de la Comisión de 29 de septiembre de 1956 y de 15 de julio de 1976) (extraído de VELU, J. y ERGEC, R.: *La Convention...*, pág. 557).

go¹⁴⁴, hoy puede apoyarse en las (concluyentes a estos efectos) Sentencias TEDH Chappell, Crémieux, Funke, Miallhe y, especialmente, Niemietz, dictadas entre los años 1989 y 1993¹⁴⁵.

En el asunto Chappel, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina si un auto judicial que posibilita una entrada en un video-club (que es, al tiempo, vivienda de su titular) vulnera el artículo 8 CEDH. El Tribunal analiza (aunque finalmente desestima) la pretensión, lo que implica que el respeto del domicilio incluye el respeto de su inviolabilidad¹⁴⁶.

También se ve afectado el respeto del domicilio (y, antes que nada, su inviolabilidad) por el viejo artículo 64 del Código de Aduanas francés, que permite la realización de visitas domiciliarias en relación con ciertas mercancías (como ponen de manifiesto las Sentencias Funke, Crémieux y Miallhe¹⁴⁷).

Igualmente, el registro y secuestro judicial regulados en el procedimiento criminal alemán que afecta a un despacho de abogados puede cuestionar el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH (Sentencia Niemietz).

Finalmente, la Sentencia TEDH López Ostra¹⁴⁸, pone de manifiesto, como se acaba de insinuar, que el respeto del domicilio garantizado en el artículo 8 CEDH es más amplio que la estricta inviolabilidad del mismo (tal y como ésta es recogida en el artículo 18.2 CE). En esta Sentencia, el Tribunal de Estrasburgo condena a España por entender que el municipio de Lorca debió actuar ante las molestias (humos,

¹⁴⁴ La citada Decisión de la Comisión, al excluir a los vehículos de la noción de domicilio a efectos del artículo 8 CEDH, introduce, en alguna medida, la inviolabilidad del mismo en dicho precepto. En la Sentencia Gillow se examinaba, no la inviolabilidad del domicilio, sino la posibilidad de impedir a un propietario habitar en su casa. Puede examinarse la Sentencia en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*. Madrid, 1991, pág. 740 y ss. Debe hacerse notar que, en esta Sentencia, se vincula la noción del domicilio a la de la propiedad sobre el mismo. Esta forma de razonar no se seguiría en la jurisdicción constitucional española, ya que, en un asunto similar, se estudiaría como único derecho afectado el de la libre elección de residencia o el de la propiedad (pero no el de la inviolabilidad del domicilio).

¹⁴⁵ La Sentencia TEDH Chappell fue dictada el 30 de marzo de 1989. Las Sentencias TEDH Funke, Crémieux y Miallhe, el 25 de febrero de 1993. La Sentencia Niemietz ya ha sido citada.

¹⁴⁶ Un resumen más amplio de los hechos que originan el caso, así como de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo en Barcelona LLOP, J.: *Ejecutividad...*, págs. 491-495.

¹⁴⁷ En los tres casos se decidirá, por ocho votos contra uno, que en el supuesto que se examina, el artículo 8 CEDH fue efectivamente vulnerado.

¹⁴⁸ Sentencia TEDH de 9 de diciembre de 1994.

ruidos y penetrantes olores) provocadas por una depuradora (que no debía funcionar por carecer de permiso municipal y por encontrarse sobre un emplazamiento inadecuado), ya que inciden sobre el respeto al domicilio garantizado en el artículo 8.1 CEDH¹⁴⁹.

Esta jurisprudencia demuestra que la protección del respeto al domicilio es, sin duda alguna, más amplia que la referida a su inviolabilidad (que no podría alegarse, en principio¹⁵⁰, sino contra la entrada ilegítima de personas en el mismo). En efecto, la inviolabilidad del domicilio constituye solamente una de las vertientes del respeto al domicilio recogido en el artículo 8 CEDH y tal respeto protege la vida privada. Pero, además, es necesario hacer notar que, paradójicamente, las garantías contenidas en el artículo 8 CEDH son, por lo general, inferiores a la ofrecidas por las Constituciones nacionales. Esto ocurre por varias razones. La primera de ellas es el amplio margen de discrecionalidad que el Convenio concede a los Estados. La segunda razón es que el propio Convenio ha sido negociado por los gobiernos europeos y éstos han sido, por lo general, restrictivos en el reconocimiento de los derechos y han incluido, además, reservas a la aplicación del Convenio¹⁵¹.

¹⁴⁹ Considerandos 47 y 54. *Vid.* también el Considerando 51.

La Sección segunda del Tribunal Constitucional había señalado con anterioridad que no «puede considerarse que “la invasión de olores desagradables, ruidos y humos” generados por la planta depuradora entrañe la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho» (Providencia de la Sala Primera de 26 de febrero de 1990, núm. de registro 2037/1989). Un resumen básico de los hechos, así como una valoración de la Decisión del Tribunal de Estrasburgo, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R.: «¿Hacia un Derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», *REDA*, 86 (1995), págs. 271-285. El propio título del trabajo y su idea directriz (que el Derecho a un medio ambiente adecuado es la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo —*ibidem*, pág. 277 y ss.—), demuestran como el problema planteado supera, en el marco del Derecho español, la mera infracción de la inviolabilidad del domicilio. La posibilidad de que la protección europea de un derecho sea más amplia que la nacional ya es apuntada en las conclusiones del magnífico trabajo de PIERRE KAYSER, *La protection de la vie privée*, 2.^a ed. Aix-en-Provence/París, 1990, pág. 435.

¹⁵⁰ El Tribunal Constitucional estima que el artículo 18.2 CE veta «toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (Sentencia 22/1984/5).

¹⁵¹ Algunos autores se han planteado el problema de la protección general de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, en este contexto, P. H. TEITGEN hizo notar su desconfianza sobre la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario a través de un acuerdo de los gobiernos de los Estados miembros, pareciéndole más acertada la defensa pretoriana de los mismos, que había sido capaz de fijar un estándar máximo de protección en la Sentencia Nold del Tribunal de Justicia comunitario —Sentencia de 14 de mayo, publicada en *Recueil de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1974, pág. 491 y ss.— (en «La protection des droits fonda-

La afirmación genérica de que la protección ofrecida por el Convenio es inferior a la que se obtiene en los distintos ordenamientos constitucionales se muestra de forma clara en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, si se compara la formulación recogida en el Convenio con la contenida, entre otras, en la Constitución española. En efecto, como ya se ha señalado, las garantías recogidas en el Convenio que legitiman una injerencia en la *vida privada* son fundamentalmente dos: de un lado, deben haberse previsto por ley y, de otro, debe constituir una medida necesaria en una sociedad democrática¹⁵². Sin embargo, a la reserva legal que el Convenio impone, las Constituciones nacionales suelen añadir una garantía judicial, en el sentido de que frecuentemente exigen una intervención judicial previa a la realización de una entrada domiciliaria. Esta intervención judicial se encuentra recogida en la Constitución española (artículo 18.2) o francesa (artículo 66), entre otras.

Por último, debe ponerse en conexión la reflexión que se acaba de hacer con el carácter autónomo de los derechos recogidos en el Convenio. En efecto, cuando un particular recurre ante la Comisión Europea de Derechos del Hombre, invocando la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, la Comisión Europea y, en su caso, el Tribunal de Estrasburgo, estudiarán si existe esa vulneración de los derechos que el Convenio recoge¹⁵³ (y en los términos en que lo hace), sin utilizar como parámetro de control la específica redacción constitucional nacional del derecho. Por ello, si bien el Convenio supone una garantía suplementaria en relación con los derechos fundamentales —que permite perseverar en el recurso ante otra instancia—, tal garantía posee, también, menor efectividad —ya que, como se ha señalado anteriormente, el parámetro de control es menos exigente—.

mentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes». AA.VV.: *L'adhésion des Communautés européennes a la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la présidence de W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH). Bruselas, 1981, pág. 32). También en referencia a la protección comunitaria de los derechos fundamentales, PIERRE PESCATORE ha señalado que la vía jurisprudencial frente a la elaboración de una carta [de derechos] ha puesto de manifiesto la diferencia entre un estándar máximo (Sentencia Nold) y el mínimo (en *La protection des droits fondamentaux par la pouvoir judiciaire*, ponencia presentada al VII Congress International de Droit Européen. Bruxelles, 2-4 octobre 1975). El problema del Convenio Europeo en relación con el ordenamiento constitucional español ha sido analizado por quien escribe estas líneas (en *Derecho...*, pág. 5174).

¹⁵² JACQUES VELU y RUSEN ERGEC: (*La Convention...*, pág. 557) creen que el artículo 8.1 CEDH no subordina explícitamente las visitas domiciliarias a la existencia de un mandamiento judicial, aunque entienden que pueda derivarse de forma implícita del tenor del artículo 8.2 del Convenio.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso...*, II, pág. 66.

3.3. El problema en el Derecho norteamericano: la «privacy»

En páginas anteriores, se ha hecho referencia a la doble influencia perceptible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (y, desde una perspectiva más general, en relación con el derecho a la intimidad). La primera, relacionada con el término «vida privada», proviene, como ya se ha visto, de normas internacionales en materia de derechos humanos, especialmente la del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La segunda influencia, que se muestra en la (incorrecta desde un punto de vista gramatical) utilización del término «*privacidad*», parece conectarse con el «*right to privacy*» norteamericano.

La *privacy* hunde sus raíces en el derecho de propiedad, para proteger las intrusiones físicas (*physical trespass*), en el marco del *common law* inglés¹⁵⁴. Ahora bien, y como ya se ha indicado con anterioridad, la utilización de tal derecho es instrumental para proteger la libertad personal. En este contexto de la *privacy-property* se sitúan algunos de los precedentes más conocidos de la inviolabilidad del domicilio en la órbita del derecho inglés. Éste es el caso de la Sentencia analizada por W. J. Wagner¹⁵⁵, fechada en 1348: «el demandado de aquel remoto caso fue una noche a la taberna de los demandantes para comprarles vino. Encontrando la puerta cerrada, comenzó a golpearla con un hacha pequeña que llevaba. La tabernera se asomó a la ventana (baja, según parece) y le dijo que cesara de golpear la puerta. Lo que sucedió después resulta hoy día poco claro. Porque no se comprende —el texto original está redactado en francés antiguo— si el demandado continuó golpeando la puerta o también trató de alcanzar a la mujer»¹⁵⁶.

En todo caso, la Sentencia concedió a los demandantes una indemnización por daños y perjuicios. W. H. Wagner entiende que al no existir lesiones físicas en la persona de la tabernera, lo que la Sentencia amparó fue la *intimidad*¹⁵⁷. Esta última afirmación puede ser matizada. Parece claro que, aunque no hubiera lesiones, si hubo un claro ataque contra la propiedad (otra cosa es que mediante ese derecho se pueda proteger indirectamente la *intimidad*, o, con mayor probabilidad, la libertad personal).

¹⁵⁴ Vid. MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona, 1984, págs. 18-19.

¹⁵⁵ Que recoge MIGUEL URABAYEN (en *Vida privada e Información. Un conflicto permanente*. Pamplona, 1977, pág. 43).

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 44.

¹⁵⁷ *Idem*.

También desde esta óptica puede leerse el discurso de *Lord Chatham* en el Parlamento británico de 1776, referido a la controvertida utilización de órdenes generales de arresto, en el que afirmó que «el hombre más pobre puede, en su casa, desafiar a todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser endeble, su tejado puede derrumbarse, el viento puede soplar en su interior, la tormenta puede entrar, la lluvia puede entrar. Pero el Rey de Inglaterra no puede entrar, sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la arruinada morada»¹⁵⁸.

Este derecho a la *privacy-property* dará paso, con el tiempo al derecho de *privacy-personality*. Una nueva concepción del derecho a la *privacy*, de más reciente impronta en el derecho americano¹⁵⁹, que suele atribuirse al clásico trabajo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, «The right to privacy» (publicado en la *Harvard Law Review*, en diciembre de 1890). Sin embargo, ya con anterioridad, el Juez Cooley se había referido en su obra *The elements of Torts*¹⁶⁰ al derecho «a ser dejado sólo» (*the right to be let alone*), traducido en nuestro país habitualmente como el derecho a ser dejado en paz¹⁶¹.

El trabajo citado de Warren & Brandeis, tiene su origen en la injerencia de los periodistas en las fiestas organizadas por la mujer de Warren (hija, a su vez, de un celebre senador). Warren y Brandeis estudian el problema desde un punto de vista jurídico, publicando (varios años después de los hechos analizados) el artículo citado. En él, los autores hacen notar que los nuevos ingenios mecánicos (en especial la fotografía) ponen en peligro el derecho «a ser dejado sólo». Por ello, defienden la existencia de un principio que garantiza la *privacy*¹⁶², principio oponible a terceros¹⁶³.

La tesis más importante de las mantenidas en el artículo es la referida a la necesidad de proteger la *privacy*, desvinculando ésta de la

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 45.

¹⁵⁹ *Vid.*, entre otros, MIGUEL CASTAÑO, A. de: *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad. Su incidencia en el sistema de información estadística*. Madrid, 1983, pág. 26 y pág. 29; MORALES PRATS, F.: *La tutela...*, pág. 159; HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 34.

¹⁶⁰ *Idem* sobre el juez COOLEY, *vid.* SCHWARTZ, B.: *Algunos...*, págs. 100-105.

¹⁶¹ Por todos, *vid.* HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 78, y URABAYEN, M.: *Vida...*, págs. 13-14. El último trabajo citado, que examina el conflicto entre *vida privada* e información (que se deriva del artículo 2 de la Ley de Prensa), constituye una obra básica para el análisis de la distinta recepción del derecho a la intimidad personal en Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España.

¹⁶² WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: *The right...*, pág. 205, como conclusión de la primera parte del trabajo.

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 206 y 213 (en esta última página, los autores afirman que «son derechos frente al mundo»).

propiedad. Como Fernando Herrero-Tejedor señala¹⁶⁴, los autores del trabajo, «apoyándose en el derecho de la propiedad intelectual y a la creación artística, van configurando la existencia de un derecho a la *privacy* dotado progresivamente de más autonomía. La *intimidad* debe ser protegida de los nuevos ataques que se ciernen sobre ella» (en especial, como ya se ha indicado, de los avances en la fotografía). «La *privacy* debe desgajarse del derecho de propiedad, e incluso de la estricta protección del honor»¹⁶⁵.

Ya en este clásico trabajo, se hace notar que el derecho conoce limitaciones. En efecto, en relación con la reserva ante la información, es posible publicar las noticias cuando poseen interés general o cuando la publicación se realiza por el propio interesado (o con su consentimiento), entre otros supuestos¹⁶⁶. Tampoco cuestiona la *privacy* la publicación de noticias ciertas o la ausencia de malicia con la que se dan a conocer¹⁶⁷.

Tal concepción del derecho a la *privacy* puede conectarse con la noción que en el ordenamiento constitucional español se da a la *intimidad*.

No obstante, el derecho a la *privacy* ha evolucionado en el Derecho americano. En la actualidad, como señalan los Tratados clásicos de Derecho Constitucional, ha desbordado ese viejo contenido y la jurisprudencia relacionada con él examina también las siguientes materias: (a) esterilización y contracepción; (b) derechos relacionadas con el matrimonio y la familia; (c) aborto; y, (d) derecho a tomar parte en actos sexuales¹⁶⁸. De tal modo, se ha conectado el viejo contenido de

¹⁶⁴ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 35.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 36. Sobre los peligros de conexasión la *privacy* con los derechos de propiedad, *vid.* ROPPO, E.: *I diritti...*, pág. 105.

¹⁶⁶ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: *The right...* págs. 214-218.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 218.

¹⁶⁸ Ver, como muestra, ROTUNDA, R. D.; NOWAK, J. E. y YOUNG, J. N.: *Treatise on Constitutional law. Substance and Procedure*, vol. II, St. Paul, 1986, págs. 554-608. Por su parte, LAWRENCE H. TRIBE examina el derecho de *privacy*, junto a los derechos de la personalidad (en *American Constitutional law*, 2.^a ed. Mineola, New York, 1988, pág. 1302 y ss.). Otros autores, como FRANÇOIS RIGAUX, distinguen en la *privacy* tres facetas (intimidad, individualismo y relaciones societarias de la persona) (en *L'élaboration...*, pág. 707).

ENZO ROPPO distingue dos tipos de *privacy*: la *privacy of disclosure* o *privacy revelacional* (el derecho al control del flujo de información que se refiera a los detalles de la individualidad de cada uno) y la *privacy of autonomy* o *privacy-autonomía* (que es ese aspecto de la *privacy* referido a «la capacidad individual para decidir actuar de una determinada manera o someterse a determinadas experiencias, sin sufrir interferencias externas») (en *I diritti...*, pág. 103). El mismo autor observa que, mientras que el Tribunal Supremo ha realizado una jurisprudencia extensiva de la *disclosural privacy*, des-

la *intimidad* con el aún más anciano artículo 5 DDHC, precepto que afirma —en traducción de Gregorio Peces-Barba¹⁶⁹— que «la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad» y que «todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena». Ello explica que del viejo derecho-resistencia se haya derivado un derecho que también muestra una posición activa del sujeto (presente en materias tales como la de la contracepción o la del matrimonio, conectadas con el libre desarrollo de la personalidad)¹⁷⁰.

La jurisprudencia relativa a tales contenidos de la *privacy* no va a ser examinada en este trabajo, por alejarse de los fines que en él mismo se persiguen. Aun así puede constatararse una doble paradoja. Debe destacarse, en primer lugar, la escasa relación existente entre el derecho a la *privacy* y la IV Enmienda de la Constitución americana, norma que, como se ha señalado al comienzo de este capítulo, es la materialmente más cercana al artículo 18.2 CE¹⁷¹. En este sentido, debe

vinculándola del domicilio para centrarse en la persona; en el caso de la *autonomy privacy*, el Tribunal Supremo ha sido restrictivo, incluso en la jurisprudencia relacionada con la vida realizada en el interior del domicilio, respaldando en sus sentencias la condena por *a*) la posesión de material obsceno en casa [Sentencia Stanley v. Georgia, 394 US 557 (1969)] y *b*) por la práctica de la sodomía (también cuando ésta se realiza voluntariamente entre adultos y dentro de una habitación) contenida en una Ley de Virginia, que el Tribunal encuentra acorde a la Constitución en la Sentencia Doe v. Commonwealth's attorney, 425 US 901 (1976) (*ibidem*, pág. 109).

¹⁶⁹ En *Textos...*, pág. 88.

¹⁷⁰ La *privacy* desempeña, en el ordenamiento constitucional norteamericano, un papel directriz, como ha puesto de manifiesto el profesor WESTIN (extraído de RIGAUX, F.: *L'élaboration...*, pág. 706).

¹⁷¹ En este sentido, ENZO ROPPO ha señalado que si bien ningún precepto constitucional regula la (disclosural) *privacy*, el que más se aproxima es la IV enmienda (en *I diritti...*, pág. 103). El autor, basándose en la Sentencia TS EEUU Katz v. US (analizada anteriormente en este trabajo), afirma que la garantía de la tutela de la *privacy* deviene autónoma de la del domicilio —ya que se amparaba el secreto de las comunicaciones que el acusado efectuó desde una cabina pública—, protegiéndose una «inmaterial *zone of privacy*» (*ibidem*, pág. 104). En esta misma idea ahondan ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), pág. 58). Sobre la vinculación entre la *privacy* y la realización de actividades privadas o actos realizados en lugares privados, *vid.* la última obra citada, págs. 59-63. Esta conexión entre *privacy* e inviolabilidad del domicilio se refiere a la *privacy* como sinónimo del término *intimidad* que se recoge en el artículo 18.1 CE.

Por contra, FRANÇOIS RIGAUX entiende que las Enmiendas I, IV y XIV son relevantes (fuentes) de la *privacy* (en *L'élaboration...*, pág. 704). El autor opta por una concepción extensiva en la que incluye: 1) el derecho a la soledad; 2) el right of *privacy* ejercido en el interior de asociaciones o comunidades libremente formadas; 3) el derecho de tomar solo las decisiones en la esfera propia de *intimidad personal*; 4) el derecho de comunicación con otro y la protección del secreto de las comunicaciones (pág. 708). Para el autor, «sólo la inviolabilidad del domicilio exprime en su pureza el derecho a la soledad» (pág. 711). De ser así, y a los fines de este trabajo, sería válida la conexión

insistirse en que la conexión entre tales normas, cuando se ha mantenido en la jurisprudencia americana¹⁷², ha sido partiendo de una concepción material de *privacy* que es prácticamente coincidente con la noción decimonónica de la *privacy* y con la actual regulación española de la *intimidad*. De hecho, el apartado en el que Edward S. Corwin analiza esta materia en su obra *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, se titula «expectativas de intimidad»¹⁷³.

La segunda paradoja apuntada, más útil al desarrollo de la presente investigación, es que no es posible identificar totalmente el instituto jurídico norteamericano de la *privacy* y el español de la *intimidad*. La *privacy* norteamericana es una noción más amplia en la actualidad que la española de *intimidad*. Solamente sería posible equiparar a la *intimidad* la categoría decimonónica de la *privacy*, debida, en lo esencial, a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis.

4. INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO E INTIMIDAD

4.1. La inviolabilidad del domicilio protege la *intimidad*, categoría distinguible de la *privacy* o de la vida privada

Se acaba de afirmar que las nociones de vida privada y de *privacy* son conceptualmente más extensas que la de *intimidad*¹⁷⁴. Es preciso pro-

material entre tal reconocimiento de la inviolabilidad domiciliaria y la *intimidad*, como derecho a la soledad, a la no injerencia por terceros de carácter público o privado.

¹⁷² El propio Tribunal Supremo americano ha conectado en varias ocasiones la *privacy* con la IV Enmienda, en lo relativo al secreto de las comunicaciones. *Vid.* la Sentencia Katz v. US [389 US 347 (1967)]; en lo relativo a la inviolabilidad del domicilio, *vid.* la Sentencia Ney York v. Belton (453 US 454 (1981)). En la jurisprudencia americana, se ha afirmado que la expectativa de *privacy* puede darse en un granero [Sentencia US v. Dunn, 107 S.Ct. 1134 (1987)], pero que siempre es menor en relación con los vehículos [Sentencia US v. Chadwick, 433 US 1 (1977), entre otras]. La jurisprudencia citada se extrae de ISRAEL, J. H. y LAFAVE, W. R.: *Criminal...* (1988), págs. 58-63, 109-113, 147-148 y 164.

¹⁷³ *Ob. cit.*, pág. 454-456, donde se analiza también el problema desde la perspectiva negativa; es decir, examinando también cuando no cabe mantener la existencia de una expectativa de *privacy* (por ejemplo, en relación con la chaqueta colgada en un perchero en el área de trabajo de una oficina exterior, etc..., *vid.* págs. 455-456).

¹⁷⁴ Esta afirmación no hace preciso examinar, como se ha hecho en otros trabajos españoles (URABAYAEN, M.: *Vida...*, págs. 89-99, MORALES PRATS, F.: *La tutela...*, pág. 123 y ss., HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 81 y VIDAL MARTÍNEZ, J.: «En torno al

fundizar ahora en la diferenciación entre *vida privada* e *intimidad* ya que la resolución de este problema es presupuesto necesario del siguiente: la determinación del bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio en la órbita del Derecho español.

En algunas ocasiones, nuestra doctrina, al igual que la francesa¹⁷⁵, ha puesto de manifiesto que los términos *intimidad* y *vida privada*, si bien son próximos, no son idénticos. En la doctrina española Pedro J. González-Trevijano, se ha referido a tal distinción en su trabajo sobre *La inviolabilidad del domicilio*, en el que afirma que los términos *vida privada* y *vida íntima* no son coincidentes, ya que «la intimidad se manifiesta como la parte o núcleo más «privado» de la *vida privada*»¹⁷⁶. En esta misma línea, Eduardo Espín Templado¹⁷⁷ constata que «desde un punto de vista técnico la Constitución no formula la vida privada como un derecho (salvo que se emplee el término como sinónimo de intimidad)».

La misma diferenciación implícita se da en los autores franceses¹⁷⁸, italianos¹⁷⁹ y españoles¹⁸⁰ que han afirmado que la inviolabilidad del domicilio protege la *intimidad* de la *vida privada*.

Lo cual implica, de un lado, que no son coincidentes las nociones de *intimidad* y *vida privada* y, de otro, que la garantía domiciliaria se conecta, en opinión de los autores citados, con la *intimidad* en mayor

concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar», *RGD*, 436-437 (1981), pág. 7) o extranjeros, (BRICOLA, F.: *Prospective...*, pág. 1085 y, especialmente, KAYSER, P.: *La protection...*, pág. 82 y ss.), las diferentes esferas que pueden acotar la *privacy*. Especialmente interesante es la distinción realizada por FERMÍN MORALES PRATS entre la *privacy* de la esfera íntima, la *privacy* política y la *privacy* de la libertad personal (en su obra *La tutela...*, págs. 123-124).

¹⁷⁵ En relación con el Derecho francés, la distinción entre *vida privada* e *intimidad* ha sido planteada en LINDON, R.: *Dictionnaire...*, en relación con el artículo 9 del Código Civil francés, que será analizado posteriormente.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 130. *Vid.*, también, las páginas 63-64. *Vid.*, en todo caso, en relación con el origen de la intimidad LUCAS MURILLO, P.: *El derecho...*, pág. 43 y ss. y RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración...*, pág. 30 y ss.

¹⁷⁷ En *Fundamento...*, pág. 45.

¹⁷⁸ *Vid.* RENOUX, T.: *Le Conseil...*, pág. 521; FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes...*, pág. 219; LUCHAIRE, F.: *La protection...*, pág. 382; y ROCHE, J.: *Libertés...*, pág. 67 y ROCHE, J. y POUILLE, A.: *Libertés...*, pág. 80.

¹⁷⁹ *Vid.* AMATO, G.: *Articolo...*, págs. 58-59; y D'ALESSIO, R.: «Articolo 14», en CRISAFULLI, V. y PALADÍN, L. (dirs.): *Commentario breve alla Costituzione*, Padua, 1990, pág. 89, en relación con la normativa penal, *vid.* PAGANETTO, G.: «Libertà domiciliare nelle autovetture e limiti alla tutela dell'ambiente (osservazione alla Sentenza della Corte Costituzionale, 31 marzo 1987 n. 88)», en *GC*, 1987, pág. 1781.

¹⁸⁰ *Vid.*, por todos, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*. Madrid, 1984, pág. 25, y FARIÑAS MATONI, L. M.ª: *El derecho a la intimidad*. Madrid, 1983, pág. 188. Ambos autores se refieren al caso francés.

medida que con cualquier otro bien jurídico. En todo caso, la expresión *intimidación de la vida privada* tiene su origen en la jurisprudencia francesa y en la legislaciones francesa y española. Es por ello conveniente recordar la Decisión CCF 76-75 DC¹⁸¹ en la que se cuestionaba la constitucionalidad de una ley aprobada en la sesión otoñal parlamentaria de 1976 que permitía a los oficiales de la policía judicial registrar en presencia del conductor los vehículos, así como lo que en ellos hubiera, salvo si se trataba de un vehículo manifiestamente abandonado. Cuando el vehículo servía de residencia efectiva, la visita debía atenerse a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. El Consejo Constitucional francés entiende que tal ley es inconstitucional, no porque vulnera la inviolabilidad del domicilio —el coche no puede ser considerado, en principio, domicilio a efectos constitucionales—, sino por vulnerar la *intimidación de la vida privada*. Con esta expresión, cuyo punto negativo consiste en que puede haber influido en la posterior identificación doctrinal de ambos términos, se indica, de forma positiva, que la *intimidación* no es lo mismo que la *vida privada*, identificándose aquélla como una parte, central o nuclear, de ésta.

En relación con el ordenamiento jurídico francés, debe recordarse que el artículo 9 CCF dispone que «cada uno tiene derecho al respeto de la vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la indemnización por daños sufridos, prescribir todas las medidas, tales como el secuestro, embargo y otras, dirigidas a impedir o hacer cesar un atentado contra la *intimidación* de la vida privada; estas medidas pueden, si existe urgencia, ser ordenadas *en référé*»¹⁸².

Más interesante que el propio precepto, es, en este caso, su proceso de elaboración. El artículo se contiene en la Ley de 17 de julio de 1970, de protección de la vida privada¹⁸³, que introduce junto a la reforma del Código Civil, reformas también puntuales del Código Penal. La utilización del término *intimidación de la vida privada* no es ni inconsciente ni está exenta de consecuencias jurídicas. Miguel Urabeyen ha recogido la defensa que el Ministro de Justicia (René Pleven)

¹⁸¹ Decisión 76-75 DC, ya citada.

¹⁸² Trad. del francés sobre la edición del Código Civil, de ANDRÉ LUCAS —*Code Civil*. París, 1982—, donde el precepto se encuentra ampliamente comentado sin, por cierto, hacerse referencia alguna a la inviolabilidad del domicilio. La cursiva ha sido introducida en este trabajo por mantener la expresión francesa en relación con el procedimiento que, suele ser traducido en castellano como «de urgencia». En relación con el Derecho italiano, *vid.* D'ALESSIO, R.: *Articolo...*, pág. 89; PAGANETTO, G.: *Libertà...*, pág. 1781 y BARILE, P. y CHELI, E.: *Domicilio...*, pág. 862.

¹⁸³ Ley 70-643. A ella aluden, entre otros, JACQUES ROBERT y JEAN DUFFAR, en *Libertés...*, pág. 283 y, con mayor extensión, KAYSER, P.: *La protection...*, págs. 240 y ss.

hizo de tal redacción en la Asamblea Nacional, el 28 de mayo de 1970. Allí dijo el ministro:

«He tenido ocasión, hace diez días, ante la Comisión de las Leyes, de exponer el punto de vista del Gobierno sobre el problema planteado por esta noción. Como algunos oradores lo han recordado ayer, se trata, por medio de este artículo, de resolver equitativamente para todos el conflicto latente entre el derecho a la información y el derecho al respeto de la vida privada. Sobre este punto, el Gobierno estima que por querer proteger demasiado la vida privada no se debe correr el riesgo de atacar el principio de la libertad de prensa.

»Así, el proyecto de ley tiende a fijar un límite al campo de la vida privada, objeto de la protección legal, precisando que únicamente las ofensas a la “intimidad” de esa vida privada serían sancionadas en el plano civil o en el plano penal. Esta noción de intimidad deberá, evidentemente, ser apreciada por los tribunales que tendrán que aplicar el texto. Pero desde ahora marca ya una restricción respecto a la de “vida privada” empleada sin mayor precisión»¹⁸⁴.

Como ya se ha adelantado, nuestro propio legislador ha diferenciado intimidad y *privacidad* en la Exposición de motivos de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cuando, tras decir que la citada ley protege la *privacidad*, noción más amplia que la de intimidad, se sigue señalando que «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».

Podrá argüirse que esta visión del problema no incide totalmente en la regulación de la inviolabilidad del domicilio¹⁸⁵, sino de la pro-

¹⁸⁴ Extraído de URABAYEN, M.: *Vida...*, pág. 279-294, especialmente, pág. 285 (el subrayado pertenece al trabajo citado).

¹⁸⁵ Pero es que, además, existe una relación evidente entre la inviolabilidad del domicilio y las dos leyes citadas. Así, debe recordarse que la francesa Ley 70-643 incluye preceptos que reforman el Código Penal. Entre ellos, está el artículo 368 que tipifica como delito contra la vida privada la acción de escuchar, registrar o transmitir, por medio de un aparato cualquiera, las palabras pronunciadas en un lugar privado por una persona sin el consentimiento de ésta (apartado 1.º) o el acto de fijar o transmitir, por medio de un aparato cualquiera, la imagen de una persona que se encuentre en un lugar privado,

tección material de la *intimidad*. No obstante, sí parece claro que diferencia de forma clara los términos *intimidad* y *vida privada*¹⁸⁶.

Demostrado ya el distinto alcance de las nociones de *intimidad* y *vida privada*, debe examinarse ahora cuál es el bien jurídico que la inviolabilidad del domicilio protege en el ordenamiento constitucional español.

Esta cuestión, que como ya se adelantó no era fácil de resolver, puede responderse atendiendo a los criterios interpretativos contenidos en el artículo 3 CC, precepto que impone interpretar las normas de acuerdo al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo donde deben ser aplicadas.

En este caso, el criterio literal no se muestra útil para intentar desvelar cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Por otra parte, el criterio sistemático parece conectar tal derecho con el bien jurídico *intimidad*, ya que se encuentra recogido en el precepto que nuestra Constitución consagra a la protección de ésta. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que «existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de *privacidad* (artículo 18.1 CE)»¹⁸⁷.

Esta conexión puede ser demostrada si se hace notar que la jurisprudencia¹⁸⁸ relacionada con el bien jurídico protegido por el derecho a

sin el consentimiento de ésta (apartado 2.º). Compárese esta Ley con la Sentencia TC 22/1984/5, donde se afirma que «la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar todo clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos». De otro lado, es preciso recordar que la citada LO española 5/1992 señala, a renglón seguido del párrafo citado, que los apartados primero, segundo y tercero del artículo 18 CE protegen la *intimidad*, en tanto que el cuarto ampara la *privacidad*.

¹⁸⁶ *Vid.*, en este sentido, LUCAS MURILLO, P.: *El derecho...*, págs. 96-97, donde se señala que la noción de *intimidad* o *vida privada* (?) es, en nuestro país, estricta.

¹⁸⁷ Sentencia TC 22/1984/2 (el subrayado pertenece a este trabajo). El Tribunal Constitucional vuelve a aludir a la *privacidad* en su reciente Sentencia TC 126/1995/2, de 25 de julio.

Vid., también, el artículo 4.1 de la reciente LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alude a la *intimidad* y a la inviolabilidad del domicilio señalando que el primer derecho citado comprende el segundo y las Sentencias TS Ar. 1995/3374/4B y 1994/7918/1, entre otras.

¹⁸⁸ Se deja a un lado la extensa doctrina que en España ha analizado el derecho a la *intimidad* del artículo 18.1 CE. No obstante, como muestra de confusión doctrinal en tal

la intimidad (artículo 18.1 CE) presenta las mismas características que la referida al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia ha sido ambigua. El Tribunal ha indicado, en ocasiones, que el derecho a la intimidad protege la «*vida personal*», la «*vida privada*» o la «*privacidad*». Esto ocurre, por ejemplo, en la Sentencia TC 110/1984, en la que se alude¹⁸⁹, de forma indiferenciada, a la intimidad y a la vida privada personal y familiar, o en el Auto TC 600/1989, en el que se traen a colación categorías tales como las de la *intimidad* o *privacidad*, siempre en relación con el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE)¹⁹⁰. El Auto TC 221/1990 señala, por su parte, que el «derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la *vida privada personal y familiar* de los ciudadanos»¹⁹¹.

Pero también es verdad que la doctrina más consolidada del Tribunal Constitucional es la que entiende que el derecho a la intimidad protege el bien jurídico *intimidad* (noción cultural según el Tribunal

derecho, puede verse el trabajo de JAIME VIDAL MARTÍNEZ, que entiende que el derecho a la intimidad protege —en el marco del derecho francés— la *intimidad* de la *vida privada* (en *El derecho...*, pág. 25) o la confusión terminológica que en ocasiones se da entre los términos *vida privada e intimidad* (SERRANO, J. M.: *Comentario...*, (1985), pág. 353, donde el autor señala: «La vida privada, la intimidad, aparece, así, como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento...»).

¹⁸⁹ Sentencia TC 110/1984/3. El Tribunal Constitucional estima que la idea originaria del derecho a la intimidad es la vida privada (añadiendo que ya «algunas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado» (*idem*). Los avances tecnológicos justifican «el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida» (*idem*; principio reiterado en Auto TC 642/1986/3). El Tribunal Supremo ha indicado en un buen número de ocasiones que la inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad y la vida privada (Ar. 1995/3538/2 y 1995/0865/2), la intimidad y la *privacidad* (Ar. 1995/2836/1 y 1995/0156/3), la vida privada y *privacidad* domiciliaria (Ar. 1995/2836/2) o la vida íntima y personal (Ar. 1995/9031/3), por poner solamente recientes ejemplos.

Hacen notar la novedad constitucional que supone el reconocimiento explícito del derecho a la intimidad la Sentencia TC 110/1984/3 y el Auto TC 642/1986/3 (de 23 de julio), así como CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ (en su *Comentario...*, págs. 432-433).

¹⁹⁰ Auto TC 600/1989/2, de 9 de julio. *Vid.*, también, el Auto TC 642/1986/3, que reitera lo ya sostenido en la Sentencia TC 110/1984/3, en relación con la primacía del artículo 31 de la Constitución sobre la *intimidad personal*.

¹⁹¹ Auto TC 221/1990/3, de 31 de mayo, que sigue señalando «pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad...» (el subrayado pertenece a este trabajo). También alude a la vida privada la Sentencia TC 133/1995/4, de 25 de septiembre.

Constitucional¹⁹², de la que no siempre es fácil determinar un contenido concreto¹⁹³). En esta línea jurisprudencial debe encuadrarse el Auto TC 982/1986, en el que se inadmite un recurso de amparo porque la medida impugnada no supone una injerencia arbitraria o ilegal en la intimidad¹⁹⁴; o el 221/1990, en el que se indica que aquellas actuaciones que no constituyan, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona no se entrometen en su *intimidad corporal*¹⁹⁵. Por su parte, en la Sentencia 170/1987, referida a una supuesta vulneración del derecho a la imagen, el Tribunal Constitucional recuerda que los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE salvaguardan «un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas»¹⁹⁶. En resoluciones más recientes, el Tribunal Constitucional conecta el derecho a la intimidad con la preservación de un *ámbito de intimidad*¹⁹⁷ (corporal, en este caso), que

¹⁹² Esta afirmación se ha realizado en relación con la *intimidad corporal* en la Sentencia TC 37/1989/7, de 15 de febrero, pero puede extenderse a toda noción del bien jurídico *intimidad*. Precisamente su carácter cultural (y no estrictamente físico) explica que no sea un derecho absoluto (*idem*).

Consecuente con lo anterior es la doctrina asentada en la Sentencia TC 171/1990/4, de 12 de noviembre. Allí se afirma que «Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial».

¹⁹³ El Tribunal afirma, en la Sentencia TC 110/1984/3: «no siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad». Es claro que esta dificultad en la determinación del contenido se conecta con la constatación del carácter cultural de la noción de *intimidad*.

¹⁹⁴ En concreto, el Tribunal estima que la medida enjuiciada «no constituye una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad, ya que el artículo 18.1 CE, interpretado con arreglo al artículo 17.1 PDCP, prohíbe las injerencias en la *intimidad* “arbitrarias o ilegales”» (Auto TC 982/1986/2, de 19 de noviembre).

¹⁹⁵ Auto TC 221/1990/2; el subrayado pertenece a este trabajo. El Tribunal se basa para realizar tal afirmación en la Sentencia TC 37/1989, sobre la *intimidad corporal*. Más oscura resulta la afirmación de que «tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada por la Autoridad judicial» (*idem*).

¹⁹⁶ Sentencia TC 170/1987/4, de 30 de octubre.

¹⁹⁷ La utilización del término «ámbito» en la jurisprudencia constitucional es útil para la construcción dogmática del derecho, sobre todo en lo referente a la determinación de un derecho material y limitado. El carácter material se conecta con la noción cultural del bien jurídico *intimidad*, y significa que se protege aquello que culturalmente se entiende debe quedar exento de injerencias extrañas; de ahí, por ejemplo, la gradación que el derecho posee cuando protege a personas públicas o privadas. Los límites del derecho se construyen también a partir de la determinación del ámbito material de la *intimidad* que se protege, ya que supone *eo ipse*, la determinación de otra esfera no protegida.

El Tribunal ha utilizado de forma reiterada el vocablo «ámbito»: en relación con la

puede verse afectado «por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constituya, atendidas las circunstancias del caso, [...] trato degradante alguno (artículos 10.1 y 15 CE)»¹⁹⁸.

En relación con el tercer criterio interpretativo apuntado, parece que —desde un punto de vista general— los antecedentes históricos y legislativos examinados conectan la inviolabilidad, en un primer momento, con la propiedad (o si se prefiere con la fórmula más completa de libertad más propiedad), para devenir después en protección instrumental de la libertad personal y terminar garantizando, en la actualidad, la *intimidad*.

Si nos atenemos a los antecedentes más inmediatos, parece efectivamente que ésta última idea es la que aparece más explícitamente en el proceso de elaboración del precepto constitucional que recoge la inviolabilidad del domicilio. Así, el Diputado socialista Guerra Fontana, en el Debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, conecta el derecho fundamental con el bien jurídico *intimidad*¹⁹⁹. Y el término *intimidad* significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, «zona espiritual íntima (?) y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia»²⁰⁰. El Diccionario parece aludir más a una zona reservada de la persona, la intimidad, conectada con un derecho-resistencia, más que al libre desarrollo de la personalidad, que se encuentra a la base de la

intimidad, en la Sentencia 37/1989/7, que se cita en el texto; en relación con la *vida privada* en la Sentencia 170/1987/4; en relación con un ámbito reservado de la vida, Auto 642/1986/3 y Sentencia 231/1988/3 (de 2 de diciembre) (esta última sobre un ámbito vital); en relación con el «ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad», Auto 982/1986/2. Por último, la Sentencia 73/1982/5 (de 2 de diciembre) y el Auto 982/1986/2 identifican la *intimidad* con un «ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren», o analizan el «ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad», respectivamente (en el mismo sentido de la primera resolución citada, *vid.* la ya citada Sentencia 231/1988/3).

¹⁹⁸ Sentencia TC 37/1989/7.

¹⁹⁹ En relación con el artículo 17.2 del Anteproyecto de la Constitución, dirá el señor Guerra Fontana: «el derecho a la intimidad es el derecho a vivir en forma independiente la propia vida con un mínimo de injerencias ajenas, en términos amplios, significa la protección del individuo ante las autoridades, ante el público en general y ante los demás individuos» (Extraído de SAINZ MORENO, F. (ed.): *Constitución...*, I, pág. 1064).

²⁰⁰ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. Vol. II (h-z). 20.ª ed. Madrid, 1989. La interrogación contenida en la definición pone de manifiesto la incorrección lógica en que se incluye al incluir lo definido en la definición. Esta incorrección ya fue advertida, en relación con la edición del Diccionario de la Real Academia de 1970, por MIGUEL URABAYEN (en *Vida...*, pág. 10, nota 1).

actual concepción de la *privacy* y que se relaciona con un derecho positivo de la persona²⁰¹.

El último criterio interpretativo de los enumerados en el artículo 3 CC es quizás el más difícil de determinar. Exige tomar en cuenta la realidad social del tiempo donde debe ser aplicada la regla de la inviolabilidad del domicilio para su interpretación. Y aunque es posiblemente discutible si en estos tiempos debiera ampliarse la protección de la inviolabilidad del domicilio a la *vida privada* o a la *privacy*, parece por otra parte lógico utilizar nociones que se han desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico —en este caso, la *intimidad*—, antes que tratar de extrapolar nociones surgidas en otros ámbitos jurídicos y que poseen mayor alcance. Esto no significa renunciar a los avances doctrinales y jurisprudenciales realizados en otros países de nuestro entorno, sino más correctamente adaptarlos —en lo posible— a la realidad de la Constitución española. Y es que, como tendremos ocasión de señalar en otros lugares de este mismo trabajo, la hipótesis de que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad permite también resolver problemas en relación con los sujetos protegidos por el derecho o sobre la noción constitucional de domicilio.

Nuestra Constitución no recoge un derecho fundamental a la vida privada. Es cierto que sí contiene el principio del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), que se halla, quizás, en la base teórica de aquél derecho y al que ya se aludía en los artículos 4 y 5 DDHC (1789). Los dos artículos que se acaban de citar indican, como ya se ha señalado con anterioridad, que la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás; por ello la Ley solamente puede prohibir aquellas acciones que sean dañinas para la sociedad y se considera que todo aquello que no está legalmente prohibido está permitido.

Este principio del libre desarrollo de la persona, que es básico para comprender las relaciones Estado/Sociedad en el Estado constitucional de Derecho, actúa —al igual que la dignidad de la persona— como fundamento último del ordenamiento constitucional en general y del establecimiento de los derechos fundamentales en particular, en conexión con los valores de libertad e igualdad (artículo 1.1 CE).

El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona constituyen en la Constitución española de 1978 el fundamento último

²⁰¹ El libre desarrollo de la personalidad se configura, en nuestra Constitución, como principio. Sobre la eficacia de los principios jurídicos y su distinción de los valores y las reglas, *vid.* ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*. Madrid, 1990, especialmente págs. 91-97.

de una buena parte de los derechos de libertad y también de los derechos sociales. Es innegable, desde esta perspectiva, por ejemplo, que el derecho a la educación posibilita el libre desarrollo de la personalidad (como indica, expresamente, el artículo 27.2 CE).

Un fundamento tan general al reconocimiento de los derechos fundamentales puede no resultar operativo para permitir construir el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental. Desde el momento en que el principio de libre desarrollo de la personalidad y el de la dignidad de la persona (y, también, los valores de libertad e igualdad del artículo 1.1 CE) se pueden conectar con casi todos los derechos fundamentales (y con su existencia en nuestro ordenamiento constitucional), se hace más difícil utilizarlos para concretar el régimen jurídico de un determinado derecho.

El libre desarrollo de la personalidad posibilita, en definitiva, la existencia de un Estado constitucional, que tiene por fin, como se ha indicado en otro lugar de este mismo trabajo, asegurar la libertad de sus ciudadanos. Ese libre desarrollo de la personalidad, que en nuestra Constitución se inscribe como un *principio esencial del ordenamiento*, se pretende asegurar garantizando diversos bienes jurídicos (la propiedad, la intimidad, la libertad ideológica, la libertad personal, etc...). Estos bienes jurídicos que se acaban de citar sirven, con mayor efectividad, para examinar dogmáticamente los derechos que *directamente* los protegen (así se indica, por ejemplo, que los derechos del detenido y las garantías que acompañan a la detención pretenden asegurar la libertad personal).

En esta dirección tiene especial importancia la jurisprudencia penal que, por la materia que trata, expresa habitualmente el universo axiológico del ordenamiento jurídico en el que se integra. Si se examina la referida en nuestro país a los delitos de allanamiento de morada²⁰² y

²⁰² En el presente trabajo no va a examinarse la copiosa jurisprudencia penal relacionada con la comisión agravada del tipo en la que deben concurrir intimidación o violencia.

Baste decir que se comete el tipo agravado cuando existe, en todo caso, violencia o intimidación sobre las personas. Sobre la violencia relacionada con personas, *vid.* las Sentencias TS Ar. 1969/5484/1; Ar. 1969/5144/1; Ar. 1969/0235/ún.; Ar. 1963/2226/2y3; Rec. 1916/0089/ún.; Rec. 1888/0337/2 y Rec. 1898/0088/2. Respecto de la intimidación sobre las personas, *vid.* las Sentencias TS Ar. 1983/2644/8; Ar. 1968/2666/5; Ar. 1960/1980/1; Ar. 1933/2325/2; Rec. 1927/0167/ún.; Rec. 1915/0042/1; Rec. 1898/0088/2 y Rec. 1887/0276/1.

En relación con la violencia ejercida sobre las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme (como muestran, de forma paradigmática, las Sentencias TS Ar. 1975/3632/1; Ar. 1987/1214/5 y Rec. 1890/0222/2). En ocasiones, el Tribunal asimila tal violencia al simple escalamiento (Sentencia TS Ar. 1964/4374/2. *Vid.* también las Sen-

de entrada domiciliaria realizada por funcionario público, de un lado, y la relativa a las diligencias judiciales de entrada y registro (artículo 545 y ss. LECr), de otro, se comprobará que no suelen aludir al libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico protegido por tales preceptos penales y procesales penales²⁰³. El Tribunal Supremo conecta el allanamiento de morada (y, en muchas ocasiones, la inviolabilidad del domicilio) con el bien jurídico *intimidación*²⁰⁴, aunque no siempre de forma clara²⁰⁵.

tencias TS Ar. 1965/5066/ún.; Ar. 1988/2832/2; Ar. 1983/2694/3; Ar. 1956/0358/ún.; Ar. 1947/1068/1; Rec. 1915/0149/1; Rec. 1914/0084/ún.; Rec. 1900/0172/ún. y Rec. 1884/0556/1). En otras, por el contrario, estima que no se asimila el simple escalamiento a la *vis in re* (Sentencia TS Ar. 1974/0181/1. *Vid.*, también, las Sentencias TS Ar. 1966/0891/ún.; Ar. 1957/2701/2 y Rec. 1904/0013/1). La polémica que subyace a los distintos pronunciamientos se expresa, en ocasiones, con meridiana claridad en las mismas resoluciones. Mientras que en algunas se indica que la violencia puede recaer tanto en las personas como en las cosas (Sentencia TS Rec. 1908/0084/ún.), en otras se señala que «la violencia sólo se ejerce en relación con las personas, no a las cosas» (Sentencia TS Rec. 1888/0232/3). Por último, debe hacerse notar que en un caso concreto pueden concurrir, simultáneamente, violencia e intimidación ejercidas contra personas y, eventualmente, sobre cosas (*vid.*, así, entre otras, las Sentencias TS Rec. 1928/0015; Rec. 1885/0034; Rec. 1882/0507 y Rec. 1881/0047).

²⁰³ En tal jurisprudencia se alude, ocasionalmente, al libre desarrollo de la personalidad (Sentencias TS Ar. 1995/9644/1, Ar. 1995/7589/7, Ar. 1995/6643/2, Ar. 1995/5437/2, Ar. 1995/4567/2, Ar. 1995/4486/2 y Ar. 1995/0569/3c). Ahora bien, normalmente se hace en conexión con otros bienes, como son la intimidad y la *privacidad* (Ar. 1995/9644/1) o la intimidad, la *privacidad* y la vida privada (Ar. 1995/0569/3c).

²⁰⁴ Paradigmáticas son las Sentencias TS Ar. 1993/0624/1; Ar. 1993/0163/1; Ar. 1991/7410/1 y Ar. 1968/2666/2, en relación con la jurisprudencia relacionado con el allanamiento de morada. En el mismo sentido, aunque cayendo en el error lógico de atribuir una propiedad humana a lo inanimado, las Sentencias TS Ar. 1968/0891/ún. y Ar. 1956/1604/ún., señalan como la garantía penal protege la «intimidad del hogar» (al que añaden, de forma incorrecta, la protección del domicilio. Con esta última adición, el Tribunal confunde el bien jurídico protegido por la garantía penal con el objeto sobre el que recae la misma, la morada).

Otras sentencias TS aluden simplemente a la intimidad (Ar. 1994/0040/1), a la intimidad y tranquilidad (Ar. 1991/6437/1), a la intimidad personal y a la dignidad (Ar. 1993/1899/1) o a la intimidad domiciliaria (Ar. 1995/2871/2 y 1995/0158/3.1, entre otras).

Esta jurisprudencia ha influido, indudablemente, en la relacionada con las diligencias de entrada y registro [artículo 545 y ss. LECr; *vid.*, las páginas dedicadas a la noción procesal del domicilio (artículo 554.2 LECr), *infra*]. En efecto, son abundantes las Sentencias TS que entienden que el bien jurídico protegido es la intimidad (Ar. 1995/8009/1b; 1995/7699/2; 1995/6643/2; 1995/5387/3; 1995/0077/ún.; 1994/7618/6; 1994/6603/3; 1994/6263/2 y 1992/6378/3), el derecho a la intimidad (Ar. 1995/7588/7; 1995/3538/2; 1993/6705/1 y 1992/8515/2) o la intimidad y el derecho a la intimidad (Ar. 1993/6152/2). En otros casos, el Tribunal prefiere entender que el bien jurídico protegido en el domicilio procesal es la intimidad y la dignidad personal (Ar. 1994/6701/7 y 1992/7737/3) o la dignidad e intimidad (Ar. 1992/0154/2).

²⁰⁵ Varias Sentencias del Tribunal Supremo presentan algunos problemas interpretativos. De un lado debe tenerse en cuenta la Sentencia TS Ar. 1965/0640/1, en la que se

El afirmar que la inviolabilidad del domicilio protege, en nuestro ordenamiento constitucional, la intimidad no impide que, en ocasiones, el derecho fundamental sirva, instrumentalmente, para garantizar otros bienes. Ocurre, sin embargo, que esa protección de otros bienes es accesoria, pues depende de circunstancias concretas y coyunturales que no se darán, necesariamente, en todos los casos. Así, por ejemplo, no puede negarse que las normas procesales relacionadas con los registros domiciliarios pueden deparar por su afectación a la inviolabilidad del domicilio (es decir, a la intimidad de los moradores) una protección adicional de la libertad personal.

4.2. La intimidad protegida por la inviolabilidad del domicilio: intimidad personal o intimidad familiar

Se acaba de afirmar que la inviolabilidad del domicilio protege, en nuestro ordenamiento constitucional, la intimidad. Esta afirmación no solventa, sin embargo, totalmente la cuestión inicialmente planteada. En efecto, de un lado, debe hacerse notar que nuestra Constitución se refiere a la *intimidad personal y familiar*. Será necesario establecer si la inviolabilidad del domicilio garantiza, y en qué medida, ambos tipos de intimidad. De otro lado, parece también necesario explicar cómo se expresa esa garantía de la *intimidad*.

En principio, puede parecer paradójico que nuestra Constitución reconozca la *intimidad familiar*, cuando la intimidad es, como es sabido, un derecho conectado a la dignidad de la persona y, por ello, aplicable, en principio, a la persona física.

Esta parece ser la opinión del Tribunal Constitucional en la materia. En efecto, el Auto TC 257/1985/2 (de 17 de abril) se refiere a la vida privada (—aunque aquí prefiera utilizarse el término *intimidad*—) de las personas individuales, «sin que en principio las personas jurídi-

afirma que la tipificación del allanamiento de morada es una garantía de la inviolabilidad del domicilio y de la libertad íntima del morador. De otro, en la sentencia TS Ar. 1974/2444/1 se recogen como bienes jurídicos protegidos, junto a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la seguridad, y la dignidad.

Solamente en el ámbito penal tiene sentido hablar de vida doméstica (si por ello se entiende la vida desarrollada en la morada). Sobre la vida doméstica *vid.*, en el plano jurisprudencial, la Sentencia TS Ar. 1970/5295/2, y en el doctrinal, AMATO, G.: *Artículo...*, pág. 57; CARETTI, P.: *Voz Domicilio...*, pág. 322.

cas, como las Sociedades mercantiles puedan ser titulares del mismo»²⁰⁶.

En línea de continuidad con este Auto se encuentra la Sentencia TC 231/1988²⁰⁷, que tiene su origen en el recurso promovido por la esposa de un conocido diestro en el que se alega la vulneración de, entre otros, el derecho a la intimidad del fallecido torero, por la comercialización de un video donde se recogía la agonía del diestro en la enfermería de la plaza de toros. El Tribunal Constitucional examina la presunta vulneración de este derecho, entendiendo que en el momento de plantearse el recurso, el mismo derecho fundamental ya no existe, porque su titular ha fallecido. El Tribunal Constitucional señala que «los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 CE [...] Se muestran [...] como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo»... «una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad...» [artículo 32 CC], «lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente»²⁰⁸.

Sin embargo, la recurrente había alegado también ante el Tribunal Constitucional la vulneración del derecho fundamental a la *intimidad familiar*. Y, en este punto, el Tribunal va a reconducir la *intimidad familiar* a la *personal*, entendiendo que «debe estimarse que, en principio, el derecho a la *intimidad personal* y *familiar se extiende*, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a *determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación*, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellas, *inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo* que los derechos del artículo 18 de la Constitución española protegen»²⁰⁹.

El Tribunal Constitucional español, en el concreto caso que examina, ha reconducido la noción de *intimidad familiar* al efecto producido en la persona individual de actos dirigidos prioritariamente sobre otra persona, cercana sentimentalmente a la primera. Debe tenerse en cuen-

²⁰⁶ Sin embargo, no es enteramente coherente con esta afirmación el Auto 642/1986/3. El Fundamento Jurídico citado analiza los límites de la *intimidad* sobre datos económicos de las personas y la obligatoria colaboración de las entidades crediticias. Quizás debiera haberse examinado previamente si tales entidades pueden alegar la vulneración del derecho a la intimidad, y, en caso afirmativo, analizar si tal legitimación se posee a título propio o por vía de sustitución de sus clientes.

²⁰⁷ Sentencia TC 231/1988.

²⁰⁸ Sentencia TC 231/1988/3.

²⁰⁹ Sentencia TC 231/1988/4 (el subrayado pertenece a este trabajo).

ta, sin embargo, que el alcance de tal jurisprudencia es limitado, ya que, recordémoslo, se refiere a un caso en el que la otra persona había fallecido.

Por ello, es, sin duda alguna, más interesante la jurisprudencia italiana en una materia mucho más cercana al objeto de investigación. El valor de esta jurisprudencia radica en que hace de lo presumible en el plano teórico, un interesante supuesto práctico.

En efecto, aun suponiendo la autonomía de la noción *intimidad familiar*, y reduciendo la titularidad del derecho a la *intimidad familiar* en los cónyuges que conforman la familia (por no adelantar aquí problemas que deben ser posteriormente tratados), es necesario analizar el alcance y significado de esta extensión. Parece evidente que una entrada de autoridades públicas, carente de habilitación, que contraría la voluntad de ambos cónyuges, vulnera la *intimidad familiar*. Sin embargo, no presenta la misma claridad la solución que cabría dar a la hipótesis de que tal entrada se hiciera con el consentimiento de un cónyuge pero con la negativa del otro. En este último supuesto, parece más difícil determinar si existe la *intimidad familiar* (y, en caso afirmativo, analizar que cónyuge puede invocarla).

El supuesto teórico que acaba de presentarse puede parecer excesivamente abstracto. No obstante, el problema se ha planteado en parecidos términos ante el Tribunal Constitucional italiano. Un juez italiano (el pretor de Roma) acude ante el Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie sobre la compatibilidad del artículo 144 del Código Civil, en la parte que declara al marido jefe de familia (*capo della famiglia*), con los artículos 3 y 29 CI²¹⁰. El juez se cuestiona si en el artículo 144 del Código Civil no podría contemplarse un trato discriminatorio hacia la mujer.

El pretor de Roma se plantea esta duda en un procedimiento penal cuyo origen también debe ser relatado: la hija de un matrimonio ha invitado a su novio a frecuentar su casa. La madre ha consentido previamente que tales entradas tuvieran lugar, aun con la oposición de su marido. La entrada domiciliaria se produce y el marido acusa al novio de su hija de haber allanado su morada.

El Tribunal entiende que la cuestión es irrelevante. En la primera parte del brevísimo Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia TCI 176/

²¹⁰ El artículo 3 CI reconoce las vertientes formal y material de la igualdad. El artículo 29 CI señala, en su apartado segundo, que el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar.

70, se señala que «cualquiera que sea la decisión del Tribunal no tendría ninguna influencia en el juicio *a quo*. En efecto, como máximo, podría reconocerse a la mujer poderes parejos a los del marido (*melius*, declarar ilegítimo el artículo 144 CC [I], en la parte en la que no atribuye a la mujer la misma potestad del marido); pero, también en tal caso la oposición del marido bastaría para hacer que el ingreso de terceras personas en la casa conyugal, aunque consentida por la mujer, constituyera igualmente delito de violación del domicilio»²¹¹.

No interesa aquí cuestionar el alcance de esta resolución, que deberá ser examinada en profundidad cuando analicemos los problemas planteados por la convivencia de varios titulares del derecho en el mismo domicilio (en el que caben, además del supuesto del matrimonio, otros análogos, como es el del grupo de personas que conviven en el mismo piso).

Sin embargo, sí puede derivarse de la misma una conclusión útil al problema planteado de la *intimidad familiar*, y es que ésta se da por supuesta en tanto no exista diferencia de pareceres entre los cónyuges. Hay, por tanto, una presunción *iuris tantum*, de que el ataque se produjo contra la familia, en tanto no haya voces discrepantes. Si las hubiere, la única vulneración que podría alegarse sería la de la *intimidad personal*.

Es cierto que cabe una solución diferente. Esta es, por ejemplo, la mantenida por C. Mezzanotte, para quien debe considerarse que «las situaciones objetivas de las cuales los individuos son titulares en el ámbito familiar se encontrarían en cierta medida puestas en función de los intereses del grupo»²¹². Esto supone que «la inviolabilidad del

²¹¹ Trad. del it. de la Sentencia TCI 176/1970/2, de 2 de diciembre (publicada en GC, 1970, pág. 2118 y ss.). Vid. el comentario de MEZZANOTTE, C.: «L'ospite "semim-portuno" dinanzi alla Corte Costituzionale: note in tema di rilevanza e di libertà domiciliare (osservazione alla Sentenza 176/70)», GC, 1970, págs. 2119-2120.

²¹² *L'ospite...*, pág. 2122. Esta interpretación no tiene fácil encaje con los artículos 3 y 29 CI, como el mismo IGNAZIO FASO ha hecho notar (*idem*). Tampoco parece de recibo la observación que realiza el mismo autor, cuando señala que la Sentencia del Tribunal Constitucional imposibilita el ejercicio positivo del derecho; es decir, el ejercicio del *ius admittendi* de la madre en este caso (en pág. 2126). En efecto, parece lógico que el alcance del derecho sea menor cuando se opta por vivir con otras personas; si se prefiere, el derecho es gradualmente más amplio cuanto mayor soledad —mayor carga de *intimidad*— existe en el ámbito vital de la persona. En la doctrina constitucionalista de nuestro país, a veces se ha señalado tal vinculación, sin profundizar en su justificación (este es el caso de GONZÁLEZ-TREVIIANO, P. J.: *La inviolabilidad...*, pág. 129 *in fine*, donde se habla, de la vinculación del derecho con la «*privacidad personal*» (Bari-le-Cheli) —aunque no se extraigan, posteriormente, consecuencias jurídicas de esa afirmación—).

domicilio no debería pertenecer a cada uno de los cónyuges en beneficio propio *uti singulus*, sino como miembro del agregado familiar»²¹³.

La hipótesis de que exista discrepancia entre los cónyuges no puede descartarse, por puntual que sea. Por ello, y ya en relación con nuestro ordenamiento, parece conveniente mantener que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que protege la *intimidad personal*. Tal afirmación no excluye el hecho de que cuando se vulneran simultáneamente los derechos de una familia, se utilice la expresión de *intimidad familiar*, como agrupación de la *intimidad personal* de los miembros, o como, al menos, la no discrepancia expresa de los mismos.

Una vez sentado que el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es la *intimidad personal*, queda por responder aún una última cuestión. Es la de saber cómo se protege esta *intimidad personal*.

4.3. La inviolabilidad del domicilio como garantía absoluta del bien jurídico intimidad personal

Es preciso hacer notar que una cosa es el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y otra, bien distinta, el bien jurídico *intimidad*. En efecto, el artículo 18.1 CE garantiza, entre otros derechos, el de la intimidad. Este derecho pretende asegurar un ámbito material de *intimidad* a las personas. Esta *intimidad* puede asumir diversas vertientes²¹⁴, siendo una de ellas la informativa. En efecto, el artículo 20.4 CE impone como límite a la libertad de expresión e información [artículos 20.1.a) y d) CE] el respeto a la intimidad de las personas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, que puede ser instrumentalmente analizada a través de la síntesis que de la misma ha realizado Fernando Herrero-Tejedor²¹⁵, presenta, a su juicio, tres momentos o fases bien diferenciadas.

La primera fase, que el autor denomina del régimen de exclusión, se caracteriza porque en este momento el Tribunal Constitucional va a ser partidario de ejercer una rigurosa —incluso exagerada— tutela del

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ *Vid.*, como ejemplo, las Sentencias TC 37/1989/7, 120/1990/12 (de 27 de junio) y 137/1990/10 (de 19 de julio).

²¹⁵ HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, pág. 101 y siguientes.

honor. En palabras de Fernando Herrero-Tejedor, «la existencia de un delito contra el honor, hacía recaer el peso de la ley contra el infractor, casi sin excepciones»²¹⁶. En esta óptica se encuadran la Sentencia TC 120/1983, de 15 de diciembre, y los Autos TC 413/1983, 414/1983 y 480/1986²¹⁷.

La segunda fase, o «fase de la necesaria ponderación» está representada por la Sentencia TC 104/1986, de 17 de julio. En ella, el Tribunal Constitucional estima que las libertades del artículo 20 CE sustentan una institución política fundamental: la opinión pública libre. Desde esta óptica, la única exigencia que la Constitución impone al juez es que éste pondere necesariamente los bienes en juego (opinión pública libre, frente a *intimidad* u honor)²¹⁸.

La tercera y última fase es la del «régimen de concurrencia normativa»²¹⁹. El Tribunal Constitucional, dando un paso histórico, «convierte a la libertad de información en una libertad preferente, dotándola de un núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable». Son representativas de esta fase las Sentencias TC 159/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 51/1989 y 121/1989²²⁰, donde se establecen los criterios a través de los cuales se puede fijar el ámbito material protegido. En la Sentencia 107/1988 el Tribunal Constitucional realiza un buen resumen de tales criterios, entre los que destacan, de un lado, el distinto alcance de la libertad de expresión y de la libertad de información y, de otro, el carácter público de la persona implicada (artistas, políticos) o su relación con hechos de relevancia pública o interés general.

De ello se desprende que la noción de *intimidad* es en el marco del artículo 18.1 CE una noción material, relativa, que debe ser delimitada en el caso concreto. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los apartados 2.º y 3.º del mismo artículo. En ellos, el constituyente ha pretendido preservar los lugares íntimos y las comunicaciones, haciendo de ellos garantías absolutas. Es decir, la inviolabilidad del domicilio (así como el secreto de las comunicaciones) representa una garantía análoga en alcance, con independencia del carácter público o privado del titular del derecho. Es irrelevante que en el domicilio despliegue su vida

²¹⁶ *Ibidem*, pág. 102.

²¹⁷ De 22 de septiembre los dos primeros, y de 4 de junio el tercero. Todas estas resoluciones pueden ser examinadas en HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor...*, págs. 103-104.

²¹⁸ Extraído de la misma obra, págs. 105-107.

²¹⁹ *Ibidem*, págs. 107-113. Es preciso, sin embargo, recordar la novedosa jurisprudencia constitucional en la materia (*vid.* la nota 169 del capítulo siguiente).

²²⁰ De 12 de diciembre, 27 de octubre, 21 de enero, 8 de junio, 22 de febrero y 3 de julio, respectivamente.

íntima una persona anónima o que, por el contrario, el titular del derecho sea un sujeto *público* (—artista, político,...—).

De acuerdo con todo lo anteriormente explicado, puede afirmarse que la inviolabilidad del domicilio es una garantía absoluta, en el sentido de que no se dan juicios de ponderación sobre el mayor o menor alcance personal del derecho (aunque si puedan darse, por contra, juicios sobre el contenido del derecho). Desde esta perspectiva, no pueden extrapolarse los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 18.2 CE, ya que aunque ambos sirven a la intimidad, uno (el recogido en el artículo 18.1 CE) reconoce el derecho en sí y el segundo (el contenido en el artículo 18.2 CE —como el del 18.3 CE—) agravan la protección del derecho en determinados ámbitos (domicilio y comunicaciones, respectivamente)²²¹.

Mientras que la vulneración del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE supone la previa lesión material de la intimidad, la conculcación de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones²²² la presuponen. Los dos últimos derechos son, en este sentido, garantías formales. Por ello, la penetración domiciliaria de la autoridad pública que suponga una injerencia arbitraria sin fundamento en el texto constitucional supone la presunción *iuris et de*

²²¹ La posición contraria, sostenida por JOSÉ DÍAZ DELGADO, deriva en un problema irresoluble: el imposible encaje de las afirmaciones del Tribunal Constitucional realizadas al hilo de los artículos 18.2 (Sentencia TC 22/1984) y 18.1 (Sentencia 110/1984) CE, que le lleva a afirmar que la segunda resolución citada debe prevalecer sobre la primera (en «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial». *PJ*, n.º 16, pág. 22). Lo que anima el trabajo citado es la crítica a la Sentencia TC 22/1984, crítica que —como veremos en otro lugar de este trabajo— ha sido muy amplia y, por lo general, correctamente fundamentada en nuestra doctrina.

²²² En relación con el derecho contenido en el artículo 18.3 CE, la Sentencia TS Ar. 1992/6102/9 señala, reiterando la doctrina contenida en la TC 114/1984/7, de 29 de noviembre, que el «secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal en el sentido de predicarse de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertinencia o no al objeto de la comunicación el ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (*vid.*, también la Sentencia TC 34/1996/4, de 11 de marzo). *Vid.*, en el plano doctrinal, JIMÉNEZ CAMPO, J.: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *REDC*, 20 (1987), pág. 42 y MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, 1995, pág. 39. El último autor citado estima el artículo 18.3 CE debe incorporar algo más que el derecho a la intimidad, pues éste ya se encuentra reconocido en el artículo 18.1 CE (*ibidem*, pág. 36). Y es posible entender, en esta misma línea de argumentación, que los derechos reconocidos en los artículos 18.1 y 3 protejan el mismo bien jurídico, aunque lo hagan de distinta forma. La diferente forma de asegurar el bien jurídico intimidad podría explicar el régimen separado del derecho a la intimidad, de un lado, y del secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio, de otro. El Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que el secreto de las comunicaciones protege la esfera de intimidad personal (Sentencia TC 181/1995/5, de 11 de diciembre).

iure de que se ha vulnerado la *intimidad*. Ciertamente, podría pensarse que es posible una entrada en un vestíbulo de una morada que no llegara a vulnerar la *intimidad personal*, pero tal posición partiría de una premisa errónea: no tendría en cuenta que el constituyente ha extendido, ha globalizado la noción de *intimidad* en relación con las nociones constitucionales de domicilio y comunicaciones. Es decir, todo lo que ocurre en un domicilio a efectos constitucionales (y, en el mismo sentido, la utilización privada de las comunicaciones), se presume íntimo (o secreto) y, además, esa presunción es absoluta y, por tanto, indestructible²²³.

²²³ Esta idea ya fue apuntada por quién escribe estas líneas en «Derecho...», pág. 5190. En idéntica dirección se decanta CARLOS RUIZ MIGUEL (en *La configuración...*, pág. 8). En este sentido se habla de la protección instrumental de la intimidad a través de la inviolabilidad del domicilio (*idem*; GÓMEZ OREA, M.: *El derecho...*, pág. 115 —aunque este autor se refiere al carácter instrumental en relación con la *vida privada* y no con la *intimidad*, su argumentación es, con esa salvedad, idéntica—). En el marco del Derecho italiano, *vid.* AMATO, G.: *Artículo...*, pág. 62, donde el autor señala, en sentido cercano aunque no coincidente con el aquí expuesto, que «la intimidad, valor tradicionalmente garantizado a través de la inviolabilidad del domicilio obtiene así una tutela indirecta, toda vez que la protección resultante de la normativa constitucional cubre lugares en los cuales se desarrolla la actividad en la que se produce». Es llamativa la referencia que el autor hace a la *intimidad* como bien jurídico *tradicionalmente* garantizado, pues, como se ha visto en páginas anteriores, la vinculación entre la inviolabilidad del domicilio y la intimidad es relativamente reciente en todos los ordenamientos que han sido analizados *supra*.