

Universidad de Salamanca  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público General  
TESIS DOCTORAL



VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS  
ALTOS CARGOS**

**Limitaciones y control patrimonial**

*Autor: Carolina González Cifuentes*

*Director: Dr. Rafael Bustos Gisbert*

2011



# Índice

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
 <b>CAPÍTULO I. <i>El derecho a poseer una intimidad elegida</i></b>	
1. Notas comunes de los derechos fundamentales del art. 18.1 de la Constitución Española .....	21
2. Tres formas de presentar el derecho a la intimidad.....	37
2.1. Derecho a no ser molestado.....	38
2.2. Derecho a ser desconocido.....	52
2.3. Derecho a autopresentarse ante los demás .....	66
3. Vinculaciones del derecho a la intimidad con otros derechos fundamentales .....	71
4. La intimidad en la legislación española.....	75
4.1. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen .....	76
4.2. La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).....	84
5. Los estándares jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.....	93
5.1. Necesidad e importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	93
5.2. De una concepción material hacia una concepción subjetiva del derecho a la intimidad .....	97
5.2.1. La concepción material de la intimidad en el Tribunal Constitucional.....	98

5.2.2. La concepción subjetiva de la intimidad en el Tribunal Constitucional (la autodeterminación informativa) .....	102
5.3. Las categorías subjetivas: «persona pública»; «persona de proyección pública» y «persona privada» .....	110
5.3.1. Las categorías subjetivas del derecho norteamericano .....	112
5.3.2. La categoría subjetiva «persona pública»: etapas de su desarrollo .....	122
5.3.3. La «persona pública» como persona sometida al control público .....	128
5.3.4. El sujeto con relieve político como «persona pública» .....	134
5.3.5. El funcionario como «persona pública» y la crítica política en los ámbitos de «neutralidad política».....	137
5.3.6. La categoría subjetiva «persona con proyección pública» .....	143
5.3.7. La categoría subjetiva «persona privada» .....	146
5.4. La exigencia acumulativa: categoría subjetiva más categoría material .....	150
5.5. La categoría material: el decisivo interés público en razón de la materia.....	153
5.6. Revisión crítica de las categorías jurídicas subjetiva y material utilizadas por el Tribunal Constitucional.....	171
6. La recepción de las categorías subjetivas y materiales empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	189
7. ¿Intimidad económica? .....	219

## **CAPÍTULO II. *Los altos cargos y su especial estatus jurídico***

1. El concepto de «alto cargo» .....	237
1.1. Hacia un concepto de ficción de alto cargo .....	237
1.2. El alto cargo en la legislación española .....	238
1.3. El alto cargo en la doctrina: su ubicación en el encuentro entre política y Administración.....	245

1.4. El concepto de ficción de alto cargo en la Ley 5/2006, de Regulación de Conflicto de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (LCI) .....	263
2. El singular status jurídico de los altos cargos [el indicativo] .....	271
2.1. La legitimidad democrática de los altos cargos .....	271
2.2. La obligación general de rendir cuentas de los altos cargos .....	282
2.2.1. Responsabilidad política institucional .....	290
2.2.2. Responsabilidad política difusa .....	303
2.2.3. Responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos en los términos de la Ley 5/2006 (LCI).....	308
3. Los deberes institucionales de los altos cargos [el imperativo].....	315
3.1. El deber institucional de ofrecer una imagen.....	315
3.2. El deber institucional del alto cargo como servidor ético.....	331
3.2.1. El deber de ser ciudadanos éticos.....	332
3.2.2. El deber del gobernante de ser ético.....	339
3.2.3. Moral pública y moral privada .....	343
3.2.4. Los parámetros de actuación ética de los altos cargos .....	358
3.2.4.1. Deber de respetar la Constitución y el Derecho .....	359
3.2.4.2. Deber de poseer virtudes propias de una ética constitucional.....	380
3.2.4.3. Deber de asumir las responsabilidades comunes y políticas propias de su cargo .....	384
3.2.4.4. La moralización de la política como superación de la corrupción política.....	387

### **CAPÍTULO III. *El derecho a la intimidad de los altos cargos***

1. La imposible renuncia de sus derechos fundamentales .....	393
2. Teorías que justifican intromisiones en la intimidad de los altos cargos.....	399
2.1. La doctrina de los propios actos y el «propio acto» de la asunción voluntaria de un riesgo. ....	403
2.2. Concepto de relaciones de sujeción especial: la «prepotencia» de la Administración.....	423
3. Canon constitucional: el juicio de proporcionalidad.....	447
4. El alto cargo como persona pública objeto de un legítimo interés público.....	463
5. La vida privada del alto cargo .....	483
5.1. La personalidad .....	490
5.2. La moral privada [el «factor de la hipocresía»].....	490
5.3. Las vacaciones .....	494
5.4. El pasado.....	501
5.5. La conducta sexual.....	502
5.6. La salud.....	506
5.7. El patrimonio y las actividades económicas.....	510
5.8. La conducta privada sin trascendencia pública.....	511
6. El derecho a la intimidad de los familiares del alto cargo .....	517

**CAPÍTULO IV. *El derecho a la intimidad de los altos cargos en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Conflicto de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado***

1. La Ley 5/2006 (LCI) desde un amplio enfoque .....	529
1.1. La Ley 5/2006 (LCI) como instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio.....	534
1.2. La Ley 5/2006 como versátil herramienta contra la corrupción.....	537

1.3. Crítica al título de la ley .....	540
2. La regulación de los conflictos de intereses.....	545
3. Las técnicas de control de la Ley 5/2006 (LCI) sobre cuestiones privadas de los altos cargos .....	555
3.1. El sistema de incompatibilidades.....	556
3.2. El sistema de control y gestión de activos y valores financieros.....	561
3.3. El sistema de declaratividad de actividades y bienes.....	563
4. La expansión del control sobre la vida privada de los altos cargos en tiempo y espacio.....	571
4.1. Los espacios privados objetos de control.....	572
4.2. Los tiempos del control .....	576
4.2.1. El control del alto cargo antes de su ingreso a la función pública.....	579
4.2.2. El control durante el cargo .....	584
4.2.3. El control después del cargo .....	590
5. El fin constitucionalmente legítimo perseguido por el sistema de declaratividad de la Ley 5/2006 (LCI) .....	595
6. La neutralización del sistema de control y el indebido tratamiento del derecho a la intimidad .....	603
7. La legitimidad de una eventual exigencia de declaración patrimonial dirigida a la familia del alto cargo .....	611
8. La constitucionalidad de un eventual carácter público de las declaraciones patrimoniales de los altos cargos.....	641
<b>CONCLUSIONES</b> .....	677
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	699





## INTRODUCCIÓN

Indagar sobre el derecho a la intimidad supone establecer una frontera entre aquello que debe permanecer reservado a la persona *–lo privado–* y aquello otro que quedará sometido al conocimiento y crítica de los demás *–lo público–*. En todo caso hacerlo, esto es reubicar los límites entre ambos espacios, responde a una actual e inexcusable necesidad.

Como explica Dader<sup>1</sup>, hubo una época, la del pensamiento ilustrado, en que estos ámbitos se mantenían estructuralmente diferenciados. La democracia ideal se cristalizaba en una opinión pública permanentemente atenta a los asuntos de incidencia sociopolítica de repercusión social y colectiva. No había empezado a detectarse aquel síntoma que Habermas identifica como un avance paulatino a lo largo de los siglos XIX y XX de una recíproca contaminación; de un confuso solapamiento de las esferas de lo público y lo privado<sup>2</sup>. Había antes de esto *ciudadanos* que escrutaban y deliberaban; ciudadanos que buscaban información necesaria para comprender y sancionar con su rechazo la marcha de los asuntos que afectaban a la colectividad. Hoy hay *consumidores*. *Lo público*, lo que aquí y ahora ocupa la escena pública, es otra cosa. Se hacen públicas las biografías privadas mientras que permanecen en secreto los archivos y documentos administrativos que revelan como aquellos en quienes hemos confiado ejercen el poder en nuestro nombre. *Lo público* es en la práctica de hoy lo que entretiene; el conjunto de intereses subjetivos que en un momento dado interesan emocionalmente a una mayoría, temas por seguro triviales.

---

<sup>1</sup> Dader García, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, N° 26, 2001, Págs. 145-168.

<sup>2</sup> Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994, Págs. 189-203.

El esquema ilustrado de *lo público* y *lo privado* se modificó y la realidad exhibe una privatización de la vida pública, lo que repercute de forma directa y negativa en la responsabilidad política de los gobernantes y en la eficacia de los procesos de rendición de cuentas. La información que circula no es en absoluto la que se necesita para un juicio político maduro, ni la que facilita el control ciudadano.

Es preciso, entonces, devolver *lo público* a la auténtica experiencia democrática. Si los espacios permanecen contaminados las consecuencias continuarán siendo perversas. La prevención e investigación de prácticas corruptas proseguirán limitándose por pretendidas razones de protección al derecho a la intimidad, mientras que las peripecias más insignificantes y privadas de los gestores públicos serán material de publicidad. Por un lado, desde la administración del Estado, la protección de la intimidad termina por funcionar como un gran velo que impide acceder a *lo público*, a lo vinculado —en su caso— a la gestión del poder. Por otro, desde los medios de comunicación social, *lo público* se confunde con *lo íntimo* de las personas públicas<sup>3</sup>. Y lo aún más desestimable es que este estado de cosas suele justificarse con argumentos que hacen uso de una retórica conformada de tropos de circo romano o bien con frases manidas que pretenden frenar cualquier intento de revisión de la situación dada.

---

<sup>3</sup> Como señala Vallespín la nueva lógica mediática no es precisamente hospitalaria para el desarrollo de una auténtica esfera de deliberación pública. Ocurre, sin embargo —y esto lo señala el autor dando respuesta a las quejas de algunos intelectuales, que lo que no suelen estos tener en cuenta, y que es punto decisivo, es que «en nuestra sociedad la política ha dejado de ocupar el centro indiscutible de la atención informativa porque su mismo lugar dentro del sistema social se está desplazando. Algo que se corresponde con el propio proceso de diferenciación social, el dominio de la economía y la cultura del entretenimiento, pero también con la percepción de que aquello que allí acontece no tiene relación inmediata con la vida cotidiana —salvo, como es obvio, cuando algo de interés propio específico se ve amenazado—. La persecución informativa diaria de la vida política institucional suele seguir además las mismas rutinas, con los mismos personajes y los conocidos rituales. Sólo cuando asoma el perro de Baudelaire con alguna noticia de alcoba o el último escándalo de corrupción vuelve a captarse la atención o cuando nos quedamos bloqueados en Barajas u ocurre algo verdaderamente excepcional» (Vallespín, Fernando, *La crisis del espacio público*, Revista Española de Ciencia Política, Núm. 3, Octubre 2000, Págs. 93-94).

El Estado y los medios de comunicación social equivocan las esferas. En este panorama, sólo la reaparición de un ciudadano institucionalmente reconocido como tal abre espacio para que entren a escena legítimas injerencias en la vida privada de las personas dedicadas a la administración de lo público.

Pues bien, con este trabajo deseamos llamar la atención sobre la necesidad de una reubicación de los espacios público/privado, pero no aspiramos a realizar un estudio político-social. Nuestra indagación es en mucho más modesta: se limitará a presentar qué dificultades encontramos hoy en esa tarea, a la luz de una concreta medida legislativa y desde una perspectiva jurídico-constitucional. A lo que aspiramos es, ni más ni menos, a perfilar *qué es legítimamente «lo público» cuando se trata de un alto cargo o gobernante*. Encontramos una ley, reciente y de poco uso, que toma impulso y da un primer paso en todo este proceso. Por ello, en esta tesis indagar sobre el derecho a la intimidad se traduce en estudiar la fricción que se da entre el principio de publicidad y transparencia de toda acción administrativa, que demanda la cláusula del «Estado Democrático de Derecho», y el deber de mantener en secreto la vida privada de los servidores públicos, exigencia ineludible para todo gobierno que asume el compromiso de respetar los derechos del hombre.

Los gobernantes y demás altos cargos ocupan una especial posición institucional. De ellos importa *algo más* que aquello que sucede en sus despachos. Interesan su imagen, su ejemplo, su comportamiento ético, sus cualidades personales, sus negocios e intereses y ocurre que todos estos aspectos nos remiten a una esfera *material* u *originariamente* privada. Identificar esa parcela de sus vidas, y eventualmente, de su intimidad, que sí merece ser conocida por la colectividad, supone concretar un esfuerzo argumentativo que precise, en definitiva, qué información sobre ellos puede legítimamente reclamarse. Y aunque parezca

que tratamos términos perfectamente diferenciables e incluso inconexos (*público vs. privado*) hay un enlace entre vida pública y vida privada que también debemos determinar.

Pero si hay algún tipo de dificultad en reubicar espacios en el caso de los altos cargos como personas públicas, aún más lo es en el caso de aquellos que a estos se vinculan. La ley que nos ocupa no sólo accede a la vida privada de los jefes políticos de la Administración, sino que va en camino de ingresar en la privacidad de sus familias. Así, nuestra segunda gran cuestión a resolver es si ***resulta posible hablar legítimamente de un interés público en la vida privada del vínculo íntimo de los altos cargos.***

En suma: el objeto de esta tesis es analizar los sacrificios que en el derecho a la intimidad el orden jurídico exige soporten aquellos que ocupan la elite de la Administración y, más específicamente, la modulación que en aquél derecho provoca la *Ley 5/2006 de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado*. Para ello se ha adoptado el esquema de trabajo que tiene reflejo en la distribución de los cuatro capítulos que la integran.

El primer objetivo asumido es concretar los conceptos de aquellos institutos jurídicos cuyo análisis resulta indispensable para alcanzar las afirmaciones finales. Estas conclusiones ocuparán el primer lugar en importancia, más no podemos sostenerlas sin tomar posición respecto de sus premisas. Si lo que planificamos es evaluar los sacrificios que la llamada Ley de Conflicto de intereses de los Miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado [en adelante LCI] exige a los gobernantes y altos cargos, más precisamente, los límites que les impone en su derecho a la intimidad, debemos comenzar por precisar cuál es el ámbito conceptual de cada una de estas

categorías. Asumen este trabajo el **Capítulo I**, ocupado de definir el ámbito de protección del derecho a la intimidad y el **Capítulo II**, dedicado a identificar quiénes son estos «altos cargos» y cuál es su *status* jurídico. Se trata de una maniobra que puede emparentarse a la de quien se equipa de una caja de herramientas para comenzar su labor manual: en estos dos primeros capítulos se hará referencia a los postulados [instrumentos] a los que ha de ser necesario echar mano llegado el tiempo de dilucidar la cuestión medular que aquí se plantea. Debe entonces comprenderse que tal exposición confiese un importante recorte en el enfoque y tratamiento de cada punto. Sólo analizaremos aquellos aspectos necesarios para completar un concreto «juicio de proporcionalidad» de la LCI, del que se ocupará el capítulo final.

De este modo, la tesis se inaugura demorándose en el tratamiento del derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE). No hay aquí más innovación que la de presentarlo bajo tres modalidades que responden a etapas de su evolución histórica. Y precisamente, este derecho a la intimidad con sus variantes como *derecho a no ser molestado, ser desconocido y a autopresentarse ante los demás*, es el que entendemos sufre una importante restricción cuando su titular es un integrante del Gobierno o de la elite de la Administración. Un especial lugar del trabajo lo ocupa el identificar los parámetros de análisis o categorías jurídicas empleadas por el Tribunal Constitucional a la hora de evaluar la legitimidad/ilegitimidad de injerencias en el derecho a la intimidad de las personas públicas. Y lo hacemos desde la inteligencia de que la jurisprudencia constitucional crea derecho. De ahí su importancia.

Se evaluará luego cómo es que las «personas públicas» deben asumir para sí importantes limitaciones en sus derechos fundamentales que no pesan sobre el resto de los ciudadanos. En este contexto nos enfrentamos a ciertas desigualdades. Reflexionamos sobre ellas, dejando fuera los lugares comunes de los discursos que, a fuerza de divulgarse y repetirse, se nos imponen sin darnos tiempo a advertir que han quedado ya vacíos de

contenido. Como diremos una y otra vez, la afirmación de que *los derechos fundamentales de los políticos se ven legítimamente limitados a causa de su propia y espontánea decisión de asumir la función pública*, tiene la facultad de persuadir, es más, puede que sirva para cortar una discusión [en definitiva su equivalente no es otro que «*que cada palo aguante su vela*»<sup>4</sup> ], pero nunca podrá resolverla. La metáfora «*arrojarse a la arena política*», de reiterado uso al tratar los riesgos propios de la función, bien ilustra los desaforados ataques que se pretende toleren los políticos y gobernantes en sus derechos de la personalidad bajo semejantes argumentos<sup>5</sup>.

En el **Capítulo III** comenzamos a ensamblar todos esos primeros conceptos elaborados o justificados con anterioridad. Se habla ya, no del derecho a la intimidad de las «personas públicas», sino en concreto del derecho a la intimidad de los «altos cargos»; posición que reviste notable diferencias, y de los argumentos jurídicos empleados para justificar el desvelo de aspectos de su vida privada. Se identifican aquellas cuestiones *original* o *materialmente* públicas y aquellas otras *original* o *materialmente* privadas de estos agentes que adquieren relevancia pública. Finalmente, se justiprecia si la ausencia de una elección personal por *lo público* hace que la reserva de la intimidad del vínculo íntimo del alto cargo deba respetarse en todo caso.

---

<sup>4</sup> Refrán mariner. Se refiere a los palos que sostienen las velas de las embarcaciones y a que han de resistir los envites del viento sin ayuda.

<sup>5</sup> Quienes sí se arrojaban a la arena eran los gladiadores de los juegos públicos de la Antigua Roma, cuya actividad fue descrita por el filósofo Lucio Anneo Séneca en un texto donde muestra su consternación ante la estéril y sangrienta matanza de estos luchadores en el circo romano: «...Llego a casa más lleno de avaricia, más cruel e inhumano, porque he estado entre los seres humanos. Por casualidad, a mediodía asistí a una exhibición, esperando un poco de diversión, unos chistes, relajarme... mediante lo cual el hombre puede descansar los ojos de la matanza de sus compañeros. Pero, salió todo lo contrario... Estos peleadores de mediodía salen sin ningún tipo de armadura, se exponen sin defensa a todos los golpes, y ninguna golpea en vano...Por la mañana echan los hombres a los leones; al mediodía se los echan a los espectadores. La multitud exige que el victorioso que ha matado a su contrincante se encare al hombre que, a su vez, lo matará, y el último victorioso lo reservan para otro masacre. Esta clase de evento toma lugar estando casi vacías las gradas... El hombre, sagrado (se supone) para el hombre, lo matan por diversión y risas.» (Will Durant. Simon and Schuster, *La historia de la civilización*, Tomo III. “César y Cristo”, New York. 1944, Pág. 386-387). Desde ya adelantamos nuestra opinión: recurrir en un tropo a situaciones del circo romano para hablar de instituciones democráticas no parece un buen recurso retórico.

Por último, en el **Capítulo IV** se estudia la LCI desde una especial perspectiva constitucional: en todo cuánto limita o protege el derecho fundamental a la intimidad de los sujetos que caen bajo su ámbito normativo (altos cargos o gobernantes). Siguiendo la línea argumental del trabajo, si ya se han definido los alcances del derecho a la intimidad (Capítulo I), el especial status jurídico de los altos cargos (Capítulo II) y se han evaluado - en términos generales- las restricciones que aquél derecho puede sufrir en sus casos (Capítulo III), toca entrar en este capítulo final en lo más casuístico y hacer pasar a la LCI por el «juicio de proporcionalidad» y medir su eficacia o necesidad como herramienta contra las prácticas corruptas. Nos preguntamos entonces: ***¿por qué, aún cuando asume que es necesario para la lucha contra la corrupción, la LCI no obliga a los familiares del alto cargo a declarar su «intimidad económica»? ¿son ellos «personas privadas» que tienen derecho a permanecer en el anonimato?, o ¿será que -como sostiene la doctrina- «entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, vean limitada su intimidad»?***

Por otro lado, si sabemos que el «derecho de acceso a los archivos y registros públicos» y, como derivación de este, la publicidad y transparencia administrativa, pueden restringirse para proteger la intimidad, lo que se impone desentrañar es en qué casos es proporcionado hacerlo. En resumidas cuentas: ***¿sería constitucional una norma que dispusiera dar a conocer a los ciudadanos las declaraciones patrimoniales que los altos cargos están exigidos a formular?*** Para resolver todos estos interrogantes, y debido a que no existe un parámetro objetivo que sirva para definir con exactitud la constitucionalidad de las normas si no es en relación a una concreta, es que se ensayará – como se anticipó- un «juicio de proporcionalidad» bajo la forma de «interdicción de

exceso»<sup>6</sup> de unas hipotéticas medidas que dispusieran, por un lado, exigir la declaración del vínculo íntimo del alto cargo y, por otro, dar abierta publicidad a las declaraciones presentadas por los propios agentes.

\*\*\*\*\*

Es de esperar que todo gran emprendimiento provoque en sus actores la experiencia de un sentimiento: la gratitud. En nuestro caso estimamos que esta tesis no se podría haber llevado a cabo sin la intervención de algunas personas. Dirijo mi agradecimiento aquí tan sólo a alguna de ellas:

En primer lugar, al Profesor Rafael Bustos Gisbert quien con dedicación ha llevado la supervisión de este trabajo.

Al Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca por permitirme desarrollar mi tarea de investigación en el Seminario de Derecho Constitucional. Al hacerlo me concedió la oportunidad de compartir las jornadas de estudio con unos compañeros que han sabido, cada uno a su modo, enriquecer mis días en esta ciudad.

Al Poder Judicial de la Nación Argentina, por la excepcionalidad de concederme la posibilidad de dedicarme con exclusividad a completar mi formación académica. Aún así, fuerza es reconocer, que no fueron sino mis días en el Fuero Criminal de Instrucción donde aprendí lo más importante y decisivo para esta labor: los logros y fracasos esperables cuando se trata de investigar *la venalidad de servidores públicos desde el poder público*.

---

<sup>6</sup> En la interdicción de exceso el «juicio de proporcionalidad» evaluará que si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios estará vulnerando el derecho fundamental intervenido y, en consecuencia, corresponde ser declarada inconstitucional [Véase Capítulo III. 3 «El canon constitucional: Juicio de proporcionalidad»].



Finalmente, a Juan Julio y Ana María, quienes supieron enseñarme con su ejemplaridad el valor del esfuerzo honesto. Es a ellos a quienes dedico mi trabajo.



# CAPÍTULO I

*El derecho a poseer una intimidad elegida*



## 1. Notas comunes de los derechos fundamentales del art. 18.1 de la Constitución Española

Cualquiera que fuere la posición que asumamos frente a lo que deberían ser las obligaciones de los hombres que gestionan el poder estatal, aún cuando se sostenga que son sujetos pasivos de cargas especiales, cuando se les demande un perfil ético de excelencia o «ejemplaridad», o cuando –por el contrario– se desautorice el reclamo de un santonismo<sup>7</sup> que les exija desprenderse por completo de todo interés y aspiración personal, hay un terreno en que los políticos son idénticamente igual al resto de los ciudadanos: el valor y respeto que como seres humanos merecen ellos mismos, y sus derechos y libertades. La dignidad es un factor que aglutina e iguala a todos los hombres, ya se trate de súbditos o gobernantes. La dimensión ética del hombre implica la resistencia de su uso como simple instrumento. Pero no sólo como instrumentos al servicio de propósitos espurios, sino incluso de intereses reconocidos y estimados por toda una colectividad.

Así lo expone Kant en la *Metafísica de las costumbres* cuando sostiene que los deberes de virtud hacia otros hombres, nacidos del respeto que se les debe<sup>8</sup>, obra según una máxima de fines tales que proponérselos pueda ser para cada uno una ley universal. Según este principio, el hombre es fin tanto para sí mismo como para los demás, y no basta con que no esté autorizado a usarse a sí mismo como medio ni a usar a los demás (con lo que puede ser también indiferente frente a ellos) sino que es en sí mismo un deber del hombre

---

<sup>7</sup> Utilizamos el término «santonismo» bajo la primera acepción de la palabra «santón» como *hombre que profesa vida austera y penitente*. Una falsa imagen de esa austeridad nos conduce a la segunda acepción cuyo uso coloquial hace referencia a un *hombre hipócrita o que aparenta santidad* (Cfr. Diccionario de la Real Academia Española –vigésima segunda edición–).

<sup>8</sup> Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999 (3ª ed.). Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill, Pág. 334 (párrafo 37).

proponerse como fin al hombre en general<sup>9</sup>. Para Kant, el hombre es en sí mismo una dignidad, pues no puede ser utilizado por otro como un mero medio, sino siempre como fin<sup>10</sup>.

Si recurrimos a la filosofía jurídica kantiana es para sustentar que, en tanto lo que el pueblo no puede decidir para sí mismo, tampoco puede decidirlo el legislador por él, resulta que por mucho que a éste le interese resguardar la vigencia y honorabilidad de las instituciones democráticas en el poder, nunca puede hacerlo prescindiendo de considerar, en su justa medida, los derechos fundamentales que corresponden a sus gestores. Quienes administran el poder trabajan al servicio de la comunidad, pero sus intereses no tienen por qué fundirse con los intereses de aquélla.

Es así que antes de justificar las limitaciones o «molestias» que están llamados a tolerar los altos cargos del Estado, se impone reconocer los derechos que a ellos corresponden. Se trata, en definitiva, de afirmar rotundamente que quien gestiona el poder es también titular del derecho a la intimidad y que su protección es necesaria, o más bien, indispensable para su vida, de la misma forma que lo es para la del resto de los ciudadanos. Lo contrario sería –retomando las palabras de Kant– utilizarlos como simples instrumentos al servicio del bien común, y aquí sí estaríamos arrojándolos a la arena política, con todo el peso de connotaciones que el tropo trae consigo.

Precisamente, esta concepción de un hombre como fin en sí mismo es la que acoge la CE. En efecto, en su artículo 10.1 dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a

---

<sup>9</sup> Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Ob. Cit., Pág. 369 (Párrafo 43-44).

<sup>10</sup> Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*. Alianza Editorial, Madrid 2000, Traducción, notas y estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo, Pág. 250 [Ap. 237].

los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social. Por su parte, el artículo 18 del mismo texto legal, en su apartado primero, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos preceptos representan la concreción del valor primordial de la persona en nuestro ordenamiento y de los derechos que le son inherentes. Todo ello implica, el reconocimiento explícito de los más importantes derechos de la personalidad como derechos fundamentales. Asimismo, vemos como determinados bienes –honor, intimidad y propia imagen–, que hasta 1978 existían en el ordenamiento como meros derechos de la personalidad con base en una progresiva interpretación del artículo 1902 del Código Civil, han pasado a tener simultáneamente el carácter de derechos fundamentales<sup>11</sup>.

Nos dedicaremos a su análisis:

El artículo 18 de la Constitución Española de 1978 reconoce en su primer apartado una pluralidad de derechos –honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen– con el suficiente grado de conexión entre sí como para que hayan merecido por parte del constituyente un tratamiento conjunto dentro de ese mismo artículo<sup>12</sup>.

Son varias las ocasiones en que el texto constitucional enumera agrupadamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así ocurre, no sólo en el apartado 1º del artículo 18, sino también en el apartado 4º del artículo 20, donde aquéllos se constituyen en límite expreso de las libertades de expresión e información en sus distintas manifestaciones, sin olvidarnos del apartado 4º del propio artículo 18 que erige igualmente

---

<sup>11</sup> Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, Pág. 117.

<sup>12</sup> Describiendo esta conexión entre todos los derechos del artículo 18 (incluidos los de inviolabilidad de domicilio (apartado 2º) y secreto de las comunicaciones (apartado 3º) comienza su artículo Javier Pardo Falcón. El autor explica el difícil encaje terminológico que se advierte al pretender encontrar una rúbrica omnicompreensiva de todos ellos (Cfr. *Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, Número 34. Enero-abril 1992, Pág. 141).

a los dos primeros en el límite del uso de la informática. De igual forma, la protección civil de estos derechos corre a cargo del mismo texto legal: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>13</sup>.

Lo expuesto pone de manifiesto la estrecha relación que mantienen entre sí. No obstante, el hecho de ser semejantes y la posibilidad de que sean conculcados por los mismos medios, no los convierte en un derecho único [un derecho tricéfalo]<sup>14</sup>. El tema fue objeto de debate en la doctrina, resultando como tesis dominante –a la que adherimos– aquella que los considera como derechos autónomos.

El honor, la intimidad y la propia imagen mantienen un fundamento común: la dignidad de la persona, pero dan protección a una serie de bienes jurídicos lo suficientemente diferenciables como para tomarlos como derechos autónomos<sup>15</sup>. La

---

<sup>13</sup> Pardo Falcón, Javier, *Ibidem*, Pág. 144.

<sup>14</sup> Para Antonio Enrique Pérez Luño [*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001 –séptima edición– Pág. 31 y ss.], la redacción del art. 18 CE induce a pensar que el Constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un **derecho único**. Las dificultades que entraña el esquema diferenciador intentado por la doctrina nacional se pone de manifiesto cuando se advierte que: de un lado, el concepto al honor junto a su dimensión externa consiste en una consagración social, en el reconocimiento que los otros otorgan o tributan, posee una dimensión íntima de «patrimonio del alma», que afecta a lo más interno de la personalidad y a lo más propio e intransferible del individuo; y, de otro lado, que la intimidad, más que una facultad de aislamiento implica un derecho de participación y de control de las informaciones que conciernen a cada persona. Por la opinión contrario se presenta Xavier O'Callaghan [*Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, Pág. 96]. Considera que la teoría de que hay un sólo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples, entre ellas, el honor, la imagen y la intimidad, está superada y obedece a que en la práctica se formulan frecuentemente demandas en protección de los tres derechos, pese a que los hechos se incardinan en uno sólo, sin perjuicio de que en ocasiones se atente a más de uno.

<sup>15</sup> Postulan la tesis de derechos autónomos, entre otros: Lucrecio Rebollo Delgado [*El Derecho fundamental a la intimidad*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005, Pág. 188) quien sostiene: «...entendemos que el artículo 18, en su apartado primero, da reconocimiento a tres derechos: el honor, la intimidad y la propia imagen. Son éstos, independientes, distintos y autónomos, a pesar de que tienen un tronco en común. Nuestro Constituyente no ha optado por el reconocimiento a la vida privada, de haberlo hecho, cabría entender como derecho a ésta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Sí podemos aseverar la raíz de la dignidad humana, pero el bien jurídico que aspiran a proteger es distinto, los ámbitos a los que se refieren cada uno de los derechos son diferentes, y poco tienen que ver entre sí las fundamentaciones jurídicas». En el mismo sentido, Mercedes Galán Juárez [*Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo*



Constitución y las leyes que los regulan los diferencian terminológicamente, a cada uno se atribuye un nombre. Por su parte, el Tribunal Constitucional, principal intérprete de la Constitución, ha otorgado –en especial al honor e intimidad– un tratamiento diverso cada vez que evalúa los conflictos en los que entran con las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, marcando distintos alcances y modos de justificar la legitimidad de injerencias.

Hay entre estos tres derechos autónomos de intimidad, honor y propia imagen puntos de identidad que nos llevan a reflexiones conjuntas, y, también, cualidades que los hacen distinguibles. Comenzamos por exponer las características comunes. Luego haremos constar sus singularidades.

El art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982 dispone que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Pero no podemos olvidar que el estudio de los derechos fundamentales trasciende una aproximación normativa. Debe tenerse en cuenta su dimensión antropológica, social y moral que acompañan a la jurídica<sup>16</sup>. Por esto es que, añadimos a estas tres características comunes enunciadas por ley otras dos cuya consideración se impone, en tanto y en cuanto, son la raíz misma de aquellas: si los derechos del art. 18.1 CE son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, ello obedece a que son inherentes a la condición de ser humano y, por ello, devienen en esenciales para el desarrollo de la personalidad<sup>17</sup>. Así, sus características comunes: i) son inherentes a la condición de ser

---

*derecho*, Ob. Cit., Pág. 85]; Javier Pardo Falcón [*Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 144]; Amelia Pascual Medrano [*El Derecho fundamental a la propia imagen –Fundamento, contenido, titularidad y límites–*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, Pág. 24].

<sup>16</sup> Galán, Juárez, Mercedes, *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 19.

<sup>17</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, Pág. 51. Afirma: «El carácter inherente y esencial de estos derechos debe comportar necesariamente las consecuencias que prevé el artículo 1.3 de la LO 1/1982: la indisponibilidad (inalienabilidad o intransmisibilidad), la irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad de estos derechos».

humano; ii) son esenciales para el desarrollo de la personalidad; iii) son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles; iv) son profundamente tributarios del tiempo y el espacio.

Veamos:

**i) Los derechos del art. 18.1 CE son inherentes a la condición de ser humano**

Se los denomina derechos de la personalidad y por ellos se entiende un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo el ordenamiento jurídico debe respetar por constituir manifestaciones de su dignidad y de su propia esfera individual.

La dignidad humana supone un valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral, de ahí que la dignidad represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad<sup>18</sup>.

Se trata de derechos que radican en la persona, que son innatos y que se adquieren por el simple hecho del nacimiento (art. 32 del Código Civil). Nacen con el hombre y viven con él inseparablemente<sup>19</sup>.

**ii) Los derechos del art. 18.1 CE son esenciales para el desarrollo de la personalidad**

A través del reconocimiento de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen se preserva la integridad moral de todo hombre y se garantiza el disfrute de las facultades físicas, morales e intelectuales, sin las cuales no podría asegurarse el pleno desarrollo de su personalidad.

---

<sup>18</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ob. Cit., Pág. 318-319.

<sup>19</sup> Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad, Nuevas Dimensiones de un viejo Derecho*, Ob. Cit., Pág. 81.

Retomando los argumentos de Kant<sup>20</sup>, razonamos que si el hombre es en sí mismo una dignidad y, por ello, no puede ser utilizado por otro como un mero medio, los derechos fundamentales del art. 18.1 CE tienen la función de cautelar que ello no suceda; dar garantías y protección para que cada hombre, independientemente de cualquiera de sus circunstancias personales (súbdito o gobernante) pueda gozar con libertad de sus facultades corporales y espirituales<sup>21</sup>.

Ya dijimos que los derechos fundamentales en España fueron consagrados como auténticos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico en el año 1978, lo que no desdice que lógicamente, la necesidad de mantenernos fuera de los ojos de los otros, apartados de sus miradas y críticas, sea de larga data. Al menos desde los siglos XVII y XVIII se constata un deseo de reclusión interior y se entiende que es, invariablemente, en soledad que reflexionamos y nos permitimos actuar con total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos. Y tal es esta necesidad que el Tribunal Constitucional considera que la vida privada debe ser protegida para mantener una «calidad mínima de vida humana»<sup>22</sup>. Por ello, y en tanto estamos frente derechos que resultan de la dignidad del hombre, el ordenamiento jurídico no puede admitir conductas que los agredan o que impidan el libre desarrollo de la personalidad al que venimos haciendo referencia<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Véase en la página 21.

<sup>21</sup> Conviene recordar que, conforme el artículo 14 de la CE, los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que lo que persigue este precepto es que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas, por lo que puede concluirse que **la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia**. Por esto diremos al analizar la modulación del derecho a la intimidad en el caso de los altos cargos que nos enfrentamos a desigualdades, es decir, a diferencias.

<sup>22</sup> SSTC77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4; 127/2003, de 30 de junio, FJ 8; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; y 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas.

<sup>23</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 50.

**iii) Los derechos del art. 18.1 CE son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles**

La indisponibilidad y la irrenunciabilidad de los derechos deben entenderse en el sentido de que el titular del derecho no puede deshacerse completamente y para siempre de ellos, sin perjuicio de que quepan disposiciones o «renuncias» momentáneas en parcelas y en circunstancias concretas. Desde esta perspectiva, y sólo desde ella, se explica entonces la afirmación de Herrero Tejedor en cuanto a que, en contra de lo que puede suceder con otros derechos fundamentales, la intimidad y también la propia imagen son renunciables por su titular en determinadas circunstancias<sup>24</sup>.

La cuestión de si el honor puede ser objeto de renuncia parcial ha sido objeto de debate en la doctrina<sup>25</sup>. Pero, en definitiva, lo que no hay que perder de vista es que la clave para estimar la posibilidad de renuncia e incluso disponibilidad, gratuita u onerosa, de cualquiera de estos tres derechos está en los alcances que el ordenamiento jurídico concede al consentimiento del titular del derecho. Y resulta que es la misma Ley 1/1982, de 5 de mayo la que reconoce un cierto margen de disponibilidad al establecer que no se reputarán ilegítimas aquellas intromisiones que hayan sido consentidas expresamente por el titular (art. 1.3). Así es que a la vista del texto legal, la afirmación terminante que niega la posibilidad de «renunciar» o, mucho mejor dicho, «disponer» de todos los derechos del art. 18.1 CE reclama algunos matices. Por nuestra parte, concluimos con García García que el

---

<sup>24</sup> Herrero Tejedor, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998, Pág. 148. El autor se ocupa de matizar que en el caso de la «renuncia» el consentimiento debe ser expreso, sin que la ley (L.O 1/1982) determine la obligatoriedad de la escritura, aunque a los efectos de una llamada prueba preconstituída es muy aconsejable que así se haga en previsión de problemas ulteriores. Por otra parte, la ley establece que el consentimiento se presta al efecto, es decir, con un objetivo determinado. Fuera del mismo, el consentimiento deja de surtir efectos.

<sup>25</sup> Xavier O'Callaghan, entre otros, sostiene que el titular del derecho al honor sí puede consentir una actuación de un tercero que podría atentar a su honor (Cfr. *Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 1993, Pág. 169). García García niega la facultad del titular de disponer o renunciar su honor (*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 154).

régimen aplicable a ese consentimiento, que opera sobre los derechos del art. 18.1 CE, puede sistematizarse del siguiente modo: a) Se puede disponer libremente –e incluso a cambio de una contraprestación– de la propia imagen y de la intimidad [y del honor, agregamos]; b) Lo que se admite es una disponibilidad parcial y concreta frente a determinadas personas, pero no una cesión indefinida en el tiempo o respecto a un número indeterminado de personas; c) La exigencia de que el consentimiento sea expreso ha de entenderse en el sentido de que sea inequívoco y no meramente presunto. Puede presentarse con carácter previo o posterior a la intromisión, y personalmente o a través de representante; d) El consentimiento prestado puede ser libremente revocado en cualquier momento; sin embargo, la revocación no tendrá efectos retroactivos, en principio, y dará lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas<sup>26</sup>.

En suma, de lo que se trata es de distinguir entre el derecho en sí, que realmente es irrenunciable, y los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo, que pueden ser objeto de disposición, y por eso contempla la Ley la posibilidad de «otorgar al efecto su consentimiento»<sup>27</sup>.

Precisamente, en cuanto a la posibilidad de «disponer» del derecho al honor, contamos con la STS de 1 de julio de 1992. En ella se contemplaba un supuesto en que se ejercitaba una acción por intromisión en el derecho al honor del actor, derivada de una discusión en el ámbito laboral, mediando insultos, a pesar de que con posterioridad se había suscrito un pacto entre el actor (Director Gerente) y el Consejero Delegado de la

---

<sup>26</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 154.

<sup>27</sup> Hernández Fernández, Abelardo, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 2009, Pág. 89.

demandada «para saldar todas las cuestiones pendientes». En el caso el TS declaró la improcedencia de tal reclamación.

Finalmente, en lo que respecta a la imprescriptibilidad, nos interesa señalar que el hecho de que un sujeto decida no hacer uso de sus derechos, que elija no emplear las acciones que el ordenamiento jurídico pone en sus manos para evitar las lesiones o saldar perjuicios por injerencias en los bienes jurídicos que los derechos al honor, intimidad y propia imagen protegen, no provoca su extinción. Los derechos de la personalidad sólo se extinguen con la muerte, aunque, lógicamente sí han de extinguirse las acciones que surgen para la tutela ante una correcta agresión<sup>28</sup>.

#### **iv) Los derechos del art. 18.1 CE son profundamente tributarios del tiempo y el espacio**

La delimitación de sus contenidos es una tarea difícil en tanto y en cuanto encierra una profunda dimensión antropológica a la luz de la cual habrá que acercarse a ellos. A ello obedece que a lo largo de todo este trabajo sostengamos, una y otra vez, que prácticamente no hay generalidad posible cuando se habla de intimidad y honor. Sus conceptos son diferentes, no sólo según el contexto geográfico, sino –y muy especialmente– según el marco cultural. Esta realidad lleva a caracterizar los derechos de la personalidad como «relativos» y «metajurídicos», queriendo indicar con ello que no encuentran una definición cerrada en las normas a causa de estar profundamente influidos por circunstancias sociales y personales. Cualquier precisión conceptual dependerá de normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento<sup>29</sup> y lugar. Siempre habrá un tiempo y espacio que los

---

<sup>28</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 52.

<sup>29</sup> Así caracterizó el Tribunal Constitucional al derecho al honor en las SSTC 171/1990, 170/1994 y 127/2003. En la primera de ellas sostiene que intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada

contextualizan. Podremos entonces glosar y comentar la jurisprudencia extranjera, no obstante, no es de esperar que, por ejemplo, la protección de la vida privada de un político reconocida en EEUU, sea o deba ser equivalente en España, ni mucho menos en Francia y ello es una evidencia usualmente puesta de relieve por los propios medios de comunicación<sup>30</sup>.

Como tendremos ocasión de explicar con más detalle, la Ley 1/1982 en su Exposición de Motivos habla de definir los derechos según las ideas que prevalezcan en la sociedad en un momento determinado. Pero aún más, y este es un aspecto trascendental, para precisar su contenido no sólo habrá de atenderse a las pautas de cada cultura sino también a los alcances que el titular decide, por sus propios actos, adjudicarles. El derecho al honor, intimidad y propia imagen sólo se reconoce a favor de cada una de las personas individualmente consideradas. Tiene un gran cuota de «singularidad» puesto que su ámbito de protección es distinta y diferenciable, tanto de unas personas a otras, como de unos

---

sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial (FJ 4). Lo dice también la propia Ley 1/1982, en su artículo 2.1 al establecer que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. La dificultad de alcanzar una definición del derecho a la intimidad es enfáticamente destacada por Fariñas Matoni (Cfr. *El Derecho a la Intimidad*, Madrid, 1983, Pág. 357), quien afirma que dada la complejidad de la intimidad entraña, al hablar de este derecho es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de los contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y el tiempo. En la misma línea Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Para Xavier O'Callaghan (*Libertad de Expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado –Editoriales de Derecho reunidas–, Madrid, 1991, Págs. 85-86) esta posición es inaceptable hacer una «enunciación de tipos», afirmando que es preferible dar un concepto doctrinal, concorde con la ley y seguido por la jurisprudencia, pese a no tener claridad absoluta, pues los términos o expresiones no bien claros, que se manejan en el concepto, servirán para adaptar éste al tiempo y lugar que interese.

<sup>30</sup> Tiempo, *La vida privada de los políticos*, 19 de octubre de 2011. Se afirma «La vida íntima de los políticos está poniendo estos días a prueba los distintos modelos sociales e informativos que rigen a ambos lados del Atlántico. La diferencia estriba en el respeto a la intimidad de los políticos y su separación de la esfera pública que impera en Europa y la relación directa que se establece en Norteamérica entre la vida pública y la privada, de manera que la segunda se enjuicia y tiene efectos en la primera. España sigue el primer modelo. Aquí no se hace noticia de la vida privada de los políticos. No ha habido grandes escándalos, se pasa de puntillas sobre historias de amantes y si se informa sobre divorcios y separaciones en la clase política se hace con muchísima más discreción de lo que estamos acostumbrados para personas conocidas por otros motivos».

tiempos a otros, como de unas culturas a otras. Atendiendo a esta marcada relación entre cultura y voluntad, Carrillo habla de una «mediatización» en la inteligencia de que la interpretación tanto de la propia dignidad, como del respeto a la intimidad del que cada uno cree ser destinatario, no se puede hacer con criterios absolutos e irreductibles. Por muy legítima que sea la posición que el titular de un derecho tenga de los contornos del ámbito que delimitan su esfera privada, los derechos de la personalidad son derechos mediatizados por el contexto histórico y social en el que son ejercidos. En este sentido, ya no pueden ser aceptables los planteamientos que reducen a la exclusiva voluntad del titular la interpretación del contenido de los derechos de la personalidad<sup>31</sup>.

Hasta aquí las notas comunes; llegará en el próximo ítem el turno de hacer una referencia sintética a sus diferencias. Pero antes de adentrarnos al estudio particular de cada uno de los derechos del art. 18.1 CE, conviene recordar algo más de su historia y de cómo devino su actual enfoque dimensional. En el período preconstitucional, el ámbito específico de los derechos de la personalidad era el propio del derecho civil que implicaba una situación entre particulares: su esfera de operatividad se extendía tan solo *inter privatos*. En el año 1978, llegó la Constitución Española postulando con su artículo 18.1 que se garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Desde entonces, el ámbito específico ya no es el de las relaciones entre particulares. Con la constitucionalización los derechos a la intimidad, honor y propia imagen se han convertido en exigibles por parte de los ciudadanos también frente a los poderes públicos. En efecto, así es como lo dispone el art. 9.1 de la Constitución Española cuando establece que los ciudadanos y los poderes públicos están

---

<sup>31</sup> Carrillo, Marc, *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Págs. 31-32.



sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Apareció luego la interpretación que de estos derechos hizo el Tribunal Constitucional y por la que ahora debemos de tener en cuenta también que los derechos fundamentales no se corresponden únicamente con un derecho de defensa frente a la actuación de los poderes públicos, sino que su configuración jurídica determina el establecimiento de deberes positivos del Estado. Esto significa que el Estado no sólo no debe atacar estos derechos, sino que también ha de establecer y promover las condiciones y actividades precisas para asegurar el ejercicio de los derechos individuales. Consecuentemente, el Estado puede vulnerar estos derechos adoptando medidas que provoquen lesiones y injerencias ilegítimas, como no adoptando las necesarias para protegerlos<sup>32</sup>. Así lo reconoce la STC 53/1985 de 11 de abril (FJ 4) cuando sostiene que «de la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa». Deja así presentada el TC esta doble dimensión que adquiere la

---

<sup>32</sup> Consecuentemente, en el caso de los poderes públicos, la vulneración puede llegar por una doble vía. El estado vulnera la intimidad de un ciudadano cuando interfiere en su intimidad de manera ilegítima y, también, cuando no despliega las medidas que le son propias y resultan indispensables para proteger a los ciudadanos de los ataques de terceros.

obligación del Estado frente a los derechos fundamentales. Una dimensión negativa por la interdicción de lesión, y una dimensión positiva como la exigencia de crear un marco normativo adecuado que impida violaciones y, ya frente al supuesto de violación asegure una compensación adecuada, pero siempre teniendo en cuenta que las violaciones pueden provenir tanto de los poderes públicos como del resto de los ciudadanos. Esto último implica que el marco normativo diseñado debe conferir una apropiada eficacia a los derechos fundamentales del art. 18 CE en lo que respecta a las relaciones entre particulares [*drittwirkung*] que en España se conecta de forma indirecta a los principios del art. 24 CE<sup>33</sup>.

Pero lo que más interesa resaltar a los fines de nuestro trabajo en este punto es que, a resultas de todo lo expuesto, el límite de actuación que la Constitución impone a los poderes públicos es singularmente importante frente a las atribuciones del poder legislativo. Cualquier regulación que haga de los derechos y libertades fundamentales no podrá hacerse indiscriminadamente sino respetando en todo momento su «contenido esencial». El Estado, claro está, puede limitar los derechos fundamentales, más nunca en ese avance no podrá traspasar aquel «contenido mínimo». Hacerlo, por cierto, equivale a la destrucción misma del derecho.

Ahora bien, la identificación del «contenido esencial» es el resultado de un «juicio de proporcionalidad» al que se somete siempre un caso concreto de intervención de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos o particulares<sup>34</sup>. Es así que para llegar a

---

<sup>33</sup> El término «*drittwirkung*» busca inicialmente destacar el nuevo destinatario de los derechos fundamentales, los terceros –Dritte–, frente a la tradicional vinculación estatal y se ha traducido como *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* (De Vega García, Pedro, *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*, Responsa Iurispritorum Digesta, Vol. 5, coord. por José Angel González Delgado, 2003, Págs. 47-64.

<sup>34</sup> Como explicaremos en el Capítulo III [Véase en la página 447] al analizar el llamado «juicio de proporcionalidad» los derechos fundamentales tiene un «contenido esencial» que es infranqueable, y esta afirmación responde casi a una intuición pues la determinación de este contenido deberá ser, previamente, objeto de una fundamentación que responda a

completar esta estructura argumentativa de control de constitucionalidad, y conocer así aquello que es «contenido esencial», debemos –al menos– empezar por identificar las señas que singularizan cada uno de los derechos del art. 18.1 de la CE. Desarrollados los puntos de convergencia de estos derechos de la personalidad, nos disponemos a ir en busca de sus límites identificando sus propios ámbitos conceptuales.

---

la estructura del «principio de proporcionalidad». La noción de «contenido esencial» es imposible de esclarecer en abstracto.



## 2. Tres formas de presentar el derecho a la intimidad

Indagar sobre el derecho a la intimidad supone establecer una frontera entre aquello que debe permanecer reservado a la persona (lo privado) y aquello que queda sometido al conocimiento y consideración de los demás (lo público). Es también estudiar, especialmente en nuestro caso, esa fricción que se da entre el principio de publicidad, que demanda la cláusula de Estado Democrático de Derecho<sup>35</sup>, y el deber de mantener en secreto la vida privada de los ciudadanos, sean o no agentes públicos, exigencia ineludible para todo gobierno que asume el compromiso de respetar los derechos del hombre.

Identificar lo que es íntimo requiere llegar a precisar cuáles son aquellos asuntos que, en nuestra sociedad actual, en este particular contexto geográfico e histórico, se consideran tales. Pero antes que hablar de «asuntos íntimos» [i.e aspecto material del derecho a la intimidad], está el precisar lo que cada hombre tiene derecho a conservar para sí, sin interferencia de terceros [aspecto subjetivo del derecho a la intimidad] y, por otro lado, lo que el público tiene derecho a conocer. El resultante de la fricción que se da entre lo público y lo privado aquí y ahora será el contenido y alcance que corresponde conceder al derecho a la intimidad personal y familiar garantizado por la Constitución Española. Y valga la advertencia de que tan escabroso es este terreno, en el que parece termina por imponerse lo subjetivo y desigual, que hay quienes dudan o, directamente, niegan la posibilidad de llegar a elaborar una teoría general al respecto<sup>36</sup>. En todo caso, quienes

---

<sup>35</sup> Art. 1.1 CE.

<sup>36</sup> La obra de Antonio Fayos Gardó (*Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ob. Cit.) puede darnos claros y concretos ejemplos de esta profunda tributación que el derecho a la intimidad rinde a su tiempo y espacio. El autor se decanta por hacer un estudio eminentemente práctico. Realiza un detallado análisis de la jurisprudencia existente pues piensa que «en ausencia de una doctrina general sobre los límites

alimentan la ambición de encontrar un concepto único y objetivo de intimidad están destinados al fracaso. Como ya adelantamos, para definir el derecho a la intimidad, se habrá de estar a las pautas culturales de un momento histórico en concreto<sup>37</sup>. Y para ello deberemos de prestar especial atención a dos aspectos fundamentales: lo que el titular del derecho quiera dar a conocer o tolere sea conocido, por un lado, y, por otro, la demanda de la colectividad de estar al tanto de ciertos temas, claro que siempre y cuando esta demanda verse de auténticas cuestiones de «interés público».

En todo caso, a pesar de las dificultades de la tarea y el resultado siempre relativo que se alcanzará, podremos esbozar, si no es un concepto de intimidad, sí –como mínimo– qué es aquello que protege el derecho a la intimidad del ordenamiento jurídico español.

Nos interesa en este trabajo recurrir a tres presentaciones distintas del derecho a la intimidad pues ellas, antes que otras, nos serán de utilidad a la hora de evaluar los ámbitos de reserva que merece reconocerse a los Miembros del Gobierno y altos cargos: el derecho a la intimidad como: **i) *derecho a no ser molestado***; **ii) *derecho a ser desconocido***; y **iii) *derecho a autopresentarse ante los demás***.

## 2.1. Derecho a no ser molestado

El *right to be let alone* (que traducimos como derecho a no ser molestado), es una expresión que ha hecho fortuna para describir el derecho de toda persona a proteger su intimidad y vida privada. Encierra una doble idea, por una parte, de soledad (soledad física

---

entre los derechos (intimidad-libertades del art. 20) es mejor buscar cómo se resuelven en la práctica los conflictos» (Pág. 20).

<sup>37</sup> Véase en la página 30.

o privacidad moral) y, por otro lado, de *tranquilidad*, en el sentido de no sufrir molestias ajenas<sup>38</sup>.

Formulado en estos términos, el derecho a la intimidad, a la *privacy* (según la expresión anglosajona) responde a un planteamiento que es propio del liberalismo clásico. Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad habilita a su titular para rechazar cualquier intromisión sobre aquél ámbito de su vida privada que es inaccesible a los demás si no es bajo su explícito consentimiento. Subyace en él la idea de exclusión<sup>39</sup> y hace prevalecer el aspecto negativo del derecho, entendiéndolo como un modo de ser negativo de la persona respecto de los demás que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona.

El *derecho a estar solo* o el *derecho a no ser molestado* surge del opúsculo<sup>40</sup> de los norteamericanos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, publicado en el año 1890 en la Harvard Law Review, bajo el título *The Right to Privacy*, primera construcción doctrinal en torno a un derecho autónomo a la esfera privada, por lo que se la considera como el arranque mismo del derecho a la privacidad<sup>41</sup>. El artículo tuvo un ascendente muy

---

<sup>38</sup> Autores como Miguel Urabayen dan al literal «derecho a ser dejado solo» (*the right to be let alone*) la traducción de **derecho a ser dejado en paz**, por considerar esta expresión más enérgica y concisa (Cfr. Urabayen, Miguel, *Vida privada e información*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, Pág. 13).

<sup>39</sup> O'Callaghan, Xavier, *Libertad de Expresión y sus límites*, Ob. Cit., Pág. 87.

<sup>40</sup> La caracterización como «opúsculo» resulta más que adecuada pues se trata de una obra científica por su rigor intelectual y de poca extensión. En la edición que citamos esta teoría general de la privacidad se condensa en unas cincuenta páginas.

<sup>41</sup> El *Right to Privacy* no estaba como tal expresamente enunciado en el *common law* cuando Warren y Brandeis aciertan a inducirlo. Para Luís García San Miguel dos son los hitos decisivos en la configuración del derecho a la intimidad: el primero de ellos, esta referida obra de Warren y Brandeis, que califica como el punto de arranque de la discusión teórica en torno a la intimidad y, posteriormente, un trabajo de carácter jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo americano, *New York Times versus Sullivan*, de 1964 (Cfr. García San Miguel, Luís, *Estudios sobre el Derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 16). Para Antonio Fayos Gardó (*Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 26) lo que hicieron Warren y Brandeis fue adoptar el concepto establecido anteriormente por el juez Cooley del derecho a ser dejado en paz (*right to be alone*) «Recurren al *common law*, van examinando diversos casos ingleses de propiedad, patentes, difamación y llegan a la conclusión de que en algunos de estos

importante en los Estados Unidos donde no se tardó en aplicarlo jurisprudencialmente y, posteriormente, legislar sobre él. Sus autores, Warren y Brandeis, analizando la «hermosa capacidad de evolución que caracteriza al *common law*»<sup>42</sup> llegan a la afirmación de que el ámbito de los derechos legales se fue ensanchando hasta llegar a reconocer que el derecho a la vida significa el derecho a disfrutar de la vida, el derecho a no ser molestado y el derecho a ser libre [que] garantiza el ejercicio de un amplio haz de derechos subjetivos<sup>43</sup>. No sin razón Alberto Arce Janáriz, en su reseña, sostiene que recuperar el texto de Samuel Warren y Louis Brandeis viene a ser particularmente oportuno en los tiempos que corren pues los límites del derecho a informar y ser informado acapara el debate en niveles que afectan incluso la propia forma de Estado<sup>44</sup>. Por cierto, esta actualidad, este «tener siempre algo por decir» es una verdadera característica de *The Right to Privacy*, si tenemos en cuenta que los autores inauguran sus argumentos haciendo referencia a cómo la prensa comenzó a invadir la intimidad de las personas y de cómo es preciso establecer alguna protección<sup>45</sup>. Es por ello que, más allá del interés que la obra ha de tener para todo lector sensible hacia los

---

casos lo que subyace es la aplicación de un auténtico derecho a la intimidad. Sin embargo la alusión al juez Cooley y a su frase *the right to let alone* está sacada de contexto. Cooley no se refería a ningún derecho a la intimidad, sino al derecho a no ser víctima de arranques o agresiones físicas, cómo el mismo dice, se trata de *the right of immunity from attacks and injuries*. El artículo de Warren y Brandeis efectivamente ha sido *seminal* porque tuvo importantes consecuencias posteriores; pero lo que no debe olvidarse es que en todos los supuestos estudiados por ellos no había ningún precedente que diera pie a mantener la aplicación previa de un derecho a la intimidad» (Págs. 31-32). Igualmente, Herrero Tejedor atribuye al famoso juez norteamericano Cooley un intento de definir la intimidad en su obra *The elements of torts*. Afirma que la expresión *the right to be let alone* encierra una doble idea: la idea de soledad y tranquilidad, en el sentido de no sufrir molestias ajenas. Por eso algunos autores la traducen por el derecho a ser dejado en paz, por considerar la expresión más enérgica y concisa que el literal derecho a ser dejado solo (Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, Ob. Cit., Pág. 20)

<sup>42</sup> Warren, Samuel, Brandeis Louis, *El derecho a la intimidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1995, Pág. 25.

<sup>43</sup> Warren, Samuel, Brandeis Louis, *Ibidem*, Pág. 22.

<sup>44</sup> Arce Janáriz, Alberto, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 47, 1996, Pág. 369.

<sup>45</sup> Se afirma: «No existe, ciertamente, duda alguna sobre la conveniencia –más bien la necesidad– de algún tipo de protección. La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El **chismorreó** ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco, incluso con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva» (Warren- Brandeis, *El derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 26)



problemas del Derecho y de la sociedad contemporánea<sup>46</sup>, merece especial atención en tanto y en cuanto nos sitúa en el mencionado punto de fricción entre publicidad y privacidad, eje del debate de esta tesis: confrontar «intimidad vs. publicidad».

En suma, la notable vigencia que se reconoce a este **clásico de la literatura jurídica**<sup>47</sup>, a este libro que pareciera «nunca termina de decir lo que tiene que decir» y que prefigura cuanta posterior presentación del derecho a la intimidad se haya hecho, amerita su cita y glosa en detalle.

En primer término, circunstanciamos el texto:

El artículo reconoce su origen en supuestas injerencias de la prensa. La Sra. Warren y su marido, abogado que hacía algún tiempo ya no ejercía esa profesión por dedicarse a los negocios, acostumbraban a dar en su casa de Boston numerosas fiestas sociales. La prensa local y, en especial, el periódico *Saturday Evening Gazette*, especializado en asuntos de alta sociedad, venían realizando una divulgación constante de las mismas. En estas crónicas se ofrecían detalles sumamente personales y desagradables con la intención de infundir en el lector una imagen de derroche y, en cierta medida, de relajación de la moral de una determinada clase social. Quizá lo que colmó la paciencia de Warren fueron las informaciones que algunos medios de comunicación realizaron de la fiesta celebrada en honor a la boda de su hija. Cansado de esta situación, acudió al que había sido su

---

<sup>46</sup> Pendás, Benigno, en su «Introducción», en Warren, Samuel, Brandeis Louis, *El derecho a la intimidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1995, Pág. 9

<sup>47</sup> La obra de Warren y Brandeis, *The Right to Privacy* fue traducida al español y publicada por la Editorial Civitas en Madrid en el año 1995. La traducción fue realizada por Pilar Baselga y su «Introducción» preparada por Benigno Pendás. En ésta se califica a la obra como un «**clásico de la literatura jurídica**» (Pág. 9). Retomando esta afirmación, Alberto Arce Janariz, en la reseña que hace del libro, refiere que «The Right to Privacy» bien puede ser considerado un clásico de la literatura. Consideramos que la apreciación no es exagerada: si **un clásico**, según la definición de Italo Calvino (Cfr. *Por qué leer clásicos*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Tusquets, 1992, Pág. 6) **es «un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir»**, es mucho todavía lo que el texto de Samuel Warren y Brandeis continúa diciendo cien años después» (Arce Janariz, Alberto, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. Núm. 47. Mayo-Agosto 1996, Pág. 370).

compañero de estudios en Harvard, Louis D. Brandeis, el cual ejercía la abogacía y que, tiempo después de estos acontecimientos, llegaría a ser miembro del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Fue así como entre Warren y Brandeis publicaron el 15 de noviembre de 1890 el artículo titulado *The Right to Privacy* que invoca el necesario distanciamiento del mundo y presenta a la soledad y la intimidad [como] algo esencial para la persona<sup>48</sup>. Presentan una serie de reglas para comprender los alcances del derecho a la privacidad. La primera de ellas, y que más interés suscita a este trabajo, es la que afirma que **«el derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general»**. Se dice en el *The Right to Privacy*:

«Hay personas que pueden, razonablemente, reclamar como un derecho de amparo frente a la notoriedad que les acarrea el haber sido víctimas de una acción periodística. Hay otras que, en grados diferentes, han renunciado al derecho de vivir sus vidas al abrigo de la atención pública. Asuntos que, con razón, pueden mantener las primeras que les conciernen únicamente a ellas, pueden ser objeto del legítimo interés de sus conciudadanos en el caso de estas últimas. **Peculiaridades del comportamiento y de la persona, que en el individuo corriente no merecerían ningún comentario, pueden adquirir importancia pública si se dan en un candidato a un cargo político.** Es por tanto necesario establecer alguna otra distinción que no sea el clasificar los hechos o los documentos en públicos o privados según un parámetro que es aplicado al hecho o documento per se. Publicar que un individuo modesto y retraído padece un defecto en el habla, o que no sabe escribir correctamente, es una injustificada violación de sus derechos, casi sin parangón, mientras que afirmar y comentar que esas mismas características se dan en un candidato a diputado no se consideraría como algo que sobrepasa el ámbito de la

---

<sup>48</sup> Warren, Samuel, Brandeis Louis, *El Derecho a la Intimidad*, Ob. Cit., Pág. 27.

propiedad. El objetivo general a tener en cuenta es proteger la vida privada, y en función del grado y de la relación en que la vida de un hombre ha dejado de ser privada, antes de que haya tenido lugar la publicación a considerar, en esa medida el amparo debe ser retirado. Y, puesto que la legalidad de la publicación de hechos exactamente iguales puede depender en su totalidad de la persona de quien se pregonan, no se puede utilizar una fórmula fija para prohibir las publicaciones censurables»<sup>49</sup>.

«Así pues, por regla general, los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, que busca o para el que es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público»<sup>50</sup>.

«Todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no, mientras que otras cosas son únicamente privadas porque las personas a quienes afectan no han asumido una posición que haga de estos hechos asuntos en que la investigación pública se encuentre legitimada»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Warren, Samuel; Brandeis Louis, *El Derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 62-64. Esta es la regla número uno (El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general). Las restantes, que no hemos mencionado, son: 2) El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aún siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada (Pág. 66); 3) El derecho no otorgaría, probablemente, ninguna reparación por violación de la intimidad cuando la publicación se haga en forma oral y sin causa de daños especiales (Pág. 67); 4) El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento (Pág. 68); 5) La veracidad de lo que se publica no supone una defensa (Pág. 69); y 6) La ausencia de 'malicia' en quien hace público algo no constituye una defensa (Pág. 69-70).

<sup>50</sup> Warren, Samuel, Brandeis Louis, *Ibidem*, Pág. 65.

<sup>51</sup> Warren, Samuel, Brandeis Louis, *Ibidem*, Pág. 65.

***The Right to Privacy*** nos presenta argumentos de notable vigencia para nuestro trabajo; a saber: **i)** que existe un derecho a proteger la intimidad de la vida privada; **ii)** que este derecho es susceptible de grados (relatividad); **iii)** que la extensión de la protección depende de la decisión de su titular de no renunciar a él (o de decidir publicar su intimidad) y del carácter público o privado de la persona; **iv)** que la vida de un hombre, candidato o político, puede dejar de ser privada cuando tiene conexión con su ocupación; y **v)** que aún cuando un sujeto ocupe un cargo público (fuera político o candidato) tiene derecho a mantener parcelas de su vida a salvo de la curiosidad popular.

Sabemos ahora que, al menos, desde el año 1890 se habla de la existencia del derecho a excluir a otros de nuestra vida privada y a no ser molestados por ellos. Y ocurre que en la actualidad, más de cien años después, y en una sociedad culturalmente diferente, otros autores convergen en este mismo enfoque que ve en el derecho a la intimidad un derecho a no ser molestado o ser dejado en soledad.

En la más reciente doctrina española, Romero Coloma afirma que el derecho a la intimidad es «aquel derecho en virtud del cual *excluimos* a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros *pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones*; exclusión que se realiza, precisamente, en función del contenido íntimo o privado» o bien, que es «el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás»<sup>52</sup>. Al igual que lo hacen los norteamericanos pioneros en el tema, empleando similares o idénticas palabras, destaca dos aspectos: por un lado, la relevancia de la voluntad del titular del derecho y, por otro, el contenido material que constituye el objeto

---

<sup>52</sup> Romero Coloma, Aurelia María, *La libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

del derecho a la privacidad<sup>53</sup>: la voluntad del titular no recae sino sobre las materias que sí pueden ser objeto de protección, para mantener el «derecho más general del individuo a no ser molestado», como lo son sus «*pensamientos, sentimientos y emociones*». Adviértase que Warren y Brandeis, ya hacia el año 1890 en Boston, sostenían: «así pues, si las resoluciones judiciales sugieren un derecho general a la intimidad para pensamientos, emociones y sensaciones, éstos deberían disfrutar de igual protección, tanto si se expresan por escrito, o mediante una actuación, una conversación, por actitudes o por un gesto»<sup>54</sup>. La vigencia de aquellas primeras reflexiones, no obstante el distinto contexto de tiempo y espacio, es patente. También Espinar se coloca en esta línea doctrinaria que pone énfasis en el poder de exclusión, cuando sostiene que garantizar el derecho a la intimidad consiste en asegurar que los pensamientos, afectos o asuntos de una persona o familia, no puedan ser molestados por la acción de terceros<sup>55</sup>. Y advertimos que en todos estos casos reseñados subyace a la idea del derecho a la intimidad (o *derecho a no ser molestado*) cierta concepción de lo íntimo definido por su materialidad. Como una forma de decir que determinados asuntos, por razón de su propio contenido, son íntimos y es sobre ellos que puede operar la voluntad del titular del derecho. Cada individuo decidirá qué pensamientos, sentimientos, afectos o demás aspectos íntimos ha de dar a conocer a terceros y cuáles elige reservar para

---

<sup>53</sup> Ambos aspectos, **autodeterminación y materialidad** fueron ya por entonces considerados por Warren y Brandeis. En efecto, en *The right to privacy* sostuvieron que «El *common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones». Encontramos aquí un **anuncio de lo que hoy en día llamamos «autodeterminación informativa»**, excepto que la decisión parece pesar exclusivamente sobre materias específicas como son los pensamientos, sentimientos y emociones. En cuanto a la trascendencia de la voluntad del posible afectado se dice que «...de igual protección disfrutaban una carta intrascendente o unas declaraciones en un periódico que el más valioso poema o ensayo, una chapuza o un pintarrajo que una obra maestra. En cada uno de estos casos, es el autor quien tiene derecho a decidir si lo es suyo debe salir a la luz pública (...). El derecho se pierde únicamente cuando el propio autor comunica su obra al público, en otras palabras, cuando la publica» (Cfr. Warren-Brandeis, *El Derecho a la Intimidad*, Ob. Cit., Pág. 44).

<sup>54</sup> Warren-Brandeis, *Ibidem*, Pág. 47.

<sup>55</sup> Espinar, José María, *La Primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, García San Miguel Luís (coord.), Ob. Cit., Pág. 47.

sí. Pero quienes definitivamente se posicionaron en esta especial interpretación del derecho a la intimidad como *derecho a no ser molestado* fueron los Juristas Nórdicos con la definición que formularon en la Conferencia de Estocolmo de 1967 [retomando las conclusiones vertidas en la Conferencia de Atenas de 1955]. Declararon que el derecho a la vida privada era inviolable y consideraron a la intimidad como el «derecho a ser dejado en paz para vivir su propia vida con el mínimo de injerencias externas»<sup>56</sup>. Se dijo que el derecho a la intimidad o a la vida privada faculta al individuo para vivir como él pretende, protegido contra toda injerencia en la vida privada familiar y doméstica, de todo atentado a su integridad física o mental o intelectual, de todo atentado contra su honor o a su reputación, de toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos, de la divulgación intempestiva de hechos molestos en relación con su vida privada, de la utilización de su nombre, de su intimidad o de su imagen, de toda actividad tendente a espiarla, vigilarle u hostigarle, de la interceptación malévola de sus comunicaciones privadas, escritas u orales, de la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas bajo secreto profesional<sup>57</sup>.

A más de ello, la vigencia y utilidad de este enfoque del derecho a la intimidad es destacada por Herrero Tejedor cuando opina que aún cuando se mantiene la tesis de que resulta verdaderamente dificultoso concretar *ex lege* un concepto claro de intimidad, desde el punto de vista doctrinal, la descripción más clara es la efectuada hace ya más de un siglo por el Juez Colley *the right to be let alone*: el derecho a ser dejado en paz)<sup>58</sup>. Y en esa misma línea de interpretación, el autor concibe el derecho a la intimidad como el conjunto de

---

<sup>56</sup> Congreso de Juristas Nórdicos sobre el derecho al respeto de la vida privada, celebrado en Estocolmo en mayo de 1967, Conclusiones, 1ª parte. Punto 2. Publicadas por la Gazzette de Palais, París, 26-7 1967. Recogidas por Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990, Págs. 82-83.

<sup>57</sup> Congreso de Juristas Nórdicos, *Ibidem*.

<sup>58</sup> Herrero Tejedor, Fernando, *La intimidad como Derecho Fundamental*, Ob. Cit., Pág. 25. Su definición del ámbito protegido por la intimidad es como «el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación».

garantías jurídicas con las que se protegen los asuntos interiores de la persona frente a las *perturbaciones* que le pudiera causar la acción de terceros. Por su parte, Xavier O'Callaghan, al caracterizar el derecho a la intimidad, también hace prevalecer, por encima de su aspecto positivo [facultad de control] ese otro aspecto negativo marcado por el original «derecho a no ser molestado», entendido como el poder de excluir perturbaciones [facultad de exclusión]<sup>59</sup>.

Ahora bien, se viene hablando del derecho a no ser molestado o ser dejado en paz, pero ***¿Cuáles son aquellas perturbaciones o molestias de las que nos protege el derecho a la intimidad?***

Con el uso del término «perturbación» se hace alusión a **toda alteración de la tranquilidad subjetiva del individuo, capaz de afectar su voluntad a la hora de determinar espontáneamente cuáles son los actos (lícitos) que desea realizar, lo que se corresponde como un caso perfectamente identificado con el «no ser molestado»**<sup>60</sup>. La perturbación puede provenir, o bien de la mera observación individualmente realizada, en la medida en la que, al saberse examinado atentamente en toda manifestación externa de sus asuntos interiores, el individuo se siente condicionado en sus decisiones, o bien de la difusión de lo observado, puesto que el saber que las manifestaciones externas de los pensamientos, los hechos y opiniones interiores van a ser valoradas, constituye un hecho que afecta también la voluntad. El bien jurídicamente protegido es, en todos los casos, la libertad a la hora de decidir las acciones con las que

---

<sup>59</sup> «El derecho a la intimidad implica, esencialmente, un poder de exclusión *erga omnes* y un poder de su titular sobre los elementos de su círculo íntimo (área que protege la intimidad)» (Cfr. O'Callaghan Xavier, *Libertad de expresión y sus límites*, Ob. Cit., Pág. 94).

<sup>60</sup> Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 53.

cada persona diseña su modelo privativo de vida. Por tanto, toda agresión externa, toda perturbación que condicione la voluntad en este plano, afecta la intimidad<sup>61</sup>.

**Parece indiscutible que existe una gran diferencia entre la forma en que nosotros experimentamos nuestras propias acciones, cuando sabemos que vamos a ser observados por otros, y la manera en que actuamos cuando estamos inmersos en la intimidad, sin esa mirada ajena.** Cuando se dice que el ojo del otro nos esclaviza hay algo más que una metáfora. Las decisiones que afectan a nuestra propia vida son tocadas por las miradas ajenas. Cuando alguien nos mira, nos juzga y, cuando nos juzga, en cierta medida nos domina. En el orden puramente individual esto no nos afecta apenas, pero la mirada ajena, y el juicio que lleva consigo, pueden resultar opresivos; todos sabemos lo difícil que es sustraerse al peso de la opinión pública<sup>62</sup>. Fuera de las miradas de terceros y sin sufrir sus perturbaciones, aparece el disfrute de la soledad como forma de descanso y la intimidad, como derecho a no ser molestado con la función de proteger nuestras posibilidades de descanso.

De todas las concepciones jurídicas, este derecho a la intimidad como derecho a no ser molestado es el que más se acerca a las concepciones psicológicas, sociológicas y filosóficas sobre la privacidad. Es opinión pacífica dentro de la psicología que la intimidad surge como una **necesidad social**. La primacía de lo privado frente a lo público no se debe a una motivación humana fundamental, sino que se impone como una reacción a la pérdida de control que nos rodea<sup>63</sup>. Atravesamos el proceso cultural de la postmodernidad, pero son las palabras de un filósofo moderno las que mejor sirven para comprender esta necesidad de intimidad que en la modernidad comenzó a percibirse masivamente. En el

---

<sup>61</sup> Espinar Vicente, José María, *Ibidem*, Pág. 59.

<sup>62</sup> Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 122.

<sup>63</sup> Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 33.



citado opúsculo de Warren y Brandeis se dice que «la intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho **necesario un cierto aislamiento del mundo**, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona»<sup>64</sup>. Mientras que estos norteamericanos hacían esas novedosas afirmaciones en Boston para el mundo del derecho, coetáneamente, el filósofo y sociólogo alemán Georg Simmel, con sus ojos puestos en la ciudad de Berlín, exponía la imperiosa necesidad de aislamiento del hombre moderno. En «*Fragments de la Modernidad: Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamin*», David Frisby<sup>65</sup> sostiene como aquellos que hoy aplauden el fin de la modernidad y abordan el surgimiento de la postmodernidad (lo que parece «la novedad») en sus análisis citan y reproducen lo ya anticipado o intuido por figuras anteriores, como Simmel (1858-1918), el primer sociólogo de la modernidad. Lo curioso, y por esto nos interesa mencionar a Simmel en este trabajo jurídico, es que uno de los tópicos más relevantes sobre los que teorizó fue, precisamente, la necesidad de aislamiento, de soledad, que emerge en el hombre como un «rasgo emocional» propio de la época moderna. La necesidad de *tomar distancia* con el medio físico y social palpita en todos los individuos, independientemente de la pertenencia a una u otra clase social. Para este atento observador de la *metrópolis*, la existencia urbana reclama una distancia entre el individuo y su medio social, y requiere:

«...una barrera interior entre las personas, una barrera que, sin embargo, es indispensable para la forma de la vida moderna. Pues el amontonamiento y el abigarrado desorden de la comunicación metropolitana serían sencillamente insoportables sin esa

---

<sup>64</sup> Warren-Bradeis, *El derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 27.

<sup>65</sup> Frisby, David, *Fragments de la Modernidad, Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamin*, Ed. Visor, Madrid 1992, Págs. 15-16.

distancia psicológica. Como la cultura urbana contemporánea, con su intercambio social, profesional, comercial, nos obliga a estar físicamente próximos a gran cantidad de gente, **las personas modernas sensibles y nerviosas se hundirían completamente en la desesperación, si la objetivación de las relaciones sociales no fuera acompañada de una barrera y una reserva interiores»<sup>66</sup>.**

Sin embargo, más allá de que se señale esta necesidad de intimidad como paradigma de la sociedad moderna (Simmel) y se ubiquen también como contemporáneos los reclamos para que esa privacidad esté protegida jurídicamente (Warren y Brandeis), lo cierto es que la intimidad, la necesidad de intimidad y soledad, tiene –como ya mencionamos– una larga data. Antes que eso fue también exigencia de la sociedad burguesa en los siglos XVII y XVIII<sup>67</sup>, aunque por entonces era vivida como un bien de pocos privilegiados.

**Lo expuesto ilustra como la idea de *lo íntimo* o *lo privado* surgió tanto en el ámbito sociológico como jurídico como una *necesidad* y un *derecho*, respectivamente, a ser dejado en paz, a no ser molestado, ubicado en un eje de alteridad: el *yo* que toma distancia y excluye a los otros de su privacidad. Esta**

---

<sup>66</sup> Simmel, Goerge, *Soziologische Aesthetik*, Pág. 474, citado en Frisby, David, *Fragmentos de la Modernidad. Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamín*, Ob. Cit. Pág. 140.

<sup>67</sup> En el marco de la ética protestante y con las exigencias sociales y políticas de la utopía burguesa en los siglos XVII y XVIII, y materializada en el más puro sistema liberal del siglo XIX, se han llevado a cabo prácticas –la lectura de la Biblia, el diálogo interno con Dios, la reclusión interior y la escritura de diarios personales– que precisaban de esa intimidad para el desarrollo de una conciencia religiosa y una vida privada intensa con la familia y con los más próximos. Además, esa necesidad de vida privada y de intimidad se extendió a un considerable número de individuos en las sociedades avanzadas. Si algo caracteriza el estadio actual de la **sociedad moderna** y desarrollada no es tanto la aparición del deseo de la vida privada y de intimidad como su **extensión a todos los campos sociales, a todas las capas de individuos (...)** **El hombre moderno se siente atraído por la vida reclusa; y no sólo atraído, sino también destinado a ella y necesitado de ella. La intimidad está relacionada con la creatividad –al permitir desarrollar actividades que requieren concentración–, con el crecimiento personal, con la autonomía –ya que permite deliberar y establecer propias opiniones– y con la salud mental de la persona. Es, sin lugar a duda, la máxima expresión de la toma de conciencia de nuestra personalidad.** (Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 124). También al respecto, en cuanto a la intimidad como necesidad psicológica, Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 32 y ss.

acepción del derecho a la intimidad fue objeto de críticas, aunque –como se verá– el resultado de las nuevas posturas que fueron apareciendo con el tiempo no fue su abandono, sino más bien una utilización más evolucionada de aquella idea original.

Pero muchas son en la actualidad las reprobaciones que se dirigen a este enfoque que presentamos del derecho a la intimidad. Haremos referencia a las formuladas en la doctrina nacional por Carrillo y García San Miguel que bien ilustra la línea argumental. Carrillo advierte que, aún siendo plenamente válido este planteamiento clásico (aquella idea original), el derecho a la intimidad, como derecho fundamental de la personalidad en respuesta a la necesidad de aislamiento, es hoy en día algo más que un derecho a no verse perturbado. Su reconocimiento en los textos constitucionales más recientes pone de relieve que el bien jurídico protegido, la garantía de este derecho, no sólo es el poder de resistencia a una intromisión ilegítima, sino también la potestad de controlar el flujo de la información que pueda circular sobre el escenario público<sup>68</sup>. Aspecto negativo [facultad de exclusión] y positivo [facultad de control] al mismo tiempo<sup>69</sup>. Por su parte, señalando los espacios desprotegidos, García San Miguel entiende que la interpretación de Warren y Brandeis, como el derecho a estar solo o en soledad, no alcanza a cubrir todo lo que actualmente consideramos incluido en aquél ámbito, pues, aunque en muchos casos estemos literalmente solos, nuestra intimidad puede resultar dañada por manejos que se emprenden

---

<sup>68</sup> Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Pág. 15.

<sup>69</sup> Esta doble dimensión que caracteriza al derecho reconocido por el artículo 18.1 CE, permite a su titular rechazar que alguien se inmiscuya en determinados ámbitos de su vida privada, como disponer sobre lo que nunca debió ser objeto de difusión. Es una consecuencia de la naturaleza del derecho a la intimidad en el modelo constitucional del más reciente Estado Social y democrático de Derecho, que toma a la persona como sujeto básico de una serie de derechos que reconocen valores basados en la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo que, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, son el fundamento del orden político.

a distancia y, a menudo, sin que el interesado se entere<sup>70</sup>. Tal los supuestos de escuchas telefónicas, fotos tomadas a distancia con teleobjetivo y uso indebido de datos informáticos, pese a que nada de ello comporta la presencia física de otras personas. Y en lo que se aciertan estos autores es que se hace patente que esta idea de intimidad necesita una reformulación. Pensamos, entonces, en la posibilidad de presentarla no ya como un derecho a la soledad sino como un derecho a optar por el anonimato: un derecho a ser desconocido.

## 2.2. Derecho a ser desconocido

Si recogemos los juicios negativos dirigidos a la intimidad como derecho a no ser molestado y nos acercamos al derecho a la intimidad con una mayor sensibilidad, ampliando las facultades que merecen serles reconocidas a sus titulares [crítica de Marc Carrillo], como también otros espacios que requieren de protección [crítica de García San Miguel], podremos pensar que la intimidad no sólo responde a la necesidad de soledad, de alejarse de los otros (zona de retiro). Aunque la incluye, **el derecho a la intimidad también protege una zona de reserva o secreto que nos permite elegir ser anónimos frente a los otros**<sup>71</sup>. **El «derecho a ser desconocido» se traduce en una especial protección de la intimidad de los ciudadanos que el *right to be alone* no tenía en cuenta. Recoge la posibilidad de optar por mantener una zona de reserva y que el ordenamiento jurídico la proteja.** Ya no se trata sólo de repeler toda situación de

---

<sup>70</sup> García San Miguel, Luis, *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Ob. Cit., Pág. 17.

<sup>71</sup> La STC 134/1999 de 15 de julio, FJ 5, se hace eco de este planteo. El Tribunal Constitucional al referirse a la intimidad, utiliza de forma indistinta los términos «ámbito reservado», «ámbito propio reservado» (en la medida que es el individuo y sólo él determina lo que quiere que los demás conozcan de él), «vida privada» e incluso «derecho al secreto».

intromisión que pueda producir sufrimiento espiritual o angustia [derecho a no ser molestado], sino, además, de **garantizar que una persona pueda decidir cuándo y hasta qué punto otros podrán estar enterados de datos de su privacidad**<sup>72</sup>.

La pregunta con la que García San Miguel inicia su *justificación del derecho a la intimidad*, da la pauta de que su enfoque se alista en esta tesitura pues comienza por plantear la cuestión de *¿Por qué tenemos derecho a la intimidad, a no ser conocidos en ciertos aspectos, por los demás?*<sup>73</sup> Asumiendo que no sólo la definición, sino también el fundamento del derecho resulta cuestionable, llega a una conclusión que sí califica como incuestionable: el derecho a la intimidad tiene que ver con la posibilidad de que algo de lo que hacemos o lo que somos (sean cuales fueran los confines de ese algo) no sea conocido por los demás y, si fuera conocido por algunos, éstos no lo den a conocer a otros<sup>74</sup>. El reconocimiento del derecho, así comprendido, se explica en la necesidad de propender al *libre desarrollo de la personalidad* referido por el art. 10 de la CE. El individuo necesita experimentar ese espacio espiritual en el cual busca encontrarse consigo mismo para abstraerse, al menos por un instante, del complejo conjunto de relaciones al que se enfrenta diariamente.

Para demostrar cómo es que el derecho a la intimidad contribuye a la posibilidad de elegir lo que uno puede hacer con su vida [libre desarrollo de la personalidad], García San Miguel argumenta cinco puntos:

a) En nuestra vida de relación tratamos de presentarnos de cierta manera o, como suele decirse, de construir nuestra propia imagen.

---

<sup>72</sup> Conviene recordar que –como se apuntó– Warren y Brandeis también hicieron referencia a la posibilidad de autodeterminar el contenido de la intimidad. Véase nota N° 53.

<sup>73</sup> García San Miguel, Luís, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 18.

<sup>74</sup> García San Miguel, Luís, *Ibidem*, Pág. 10.

b) Las decisiones que afectan a nuestra propia vida (a la carrera, al matrimonio, a la diversión) quedan tocadas por las miradas ajenas. Cuando alguien nos mira nos juzga y, cuando nos juzga, en cierta medida, nos domina. La autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan. Una forma de evitar ese juicio es que no sepan lo que hacemos.

c) Hay ocasiones en que la mirada ajena llega a resultar paralizante. Algunas acciones sólo resultan posibles cuando se realizan en la más estricta soledad.

d) La soledad parece, por lo demás, indispensable para relajar la tensión que la presencia de los otros inevitablemente produce. La soledad puede ser una forma de descanso.

e) El sentido de la libertad personal quizá sea, si no indispensable, sí al menos conveniente para el ejercicio de la libertad política. Todo parece indicar que el ejercicio de la libertad política, por ejemplo a través del voto, requiere cierta soledad. **La gente no vota libremente cuando los demás saben lo que vota. La cabina electoral cumple la función de conservar el secreto**<sup>75</sup>.

Pensando como la posibilidad de optar por el anonimato, el derecho a la intimidad brinda protección jurídica a un **ámbito de autonomía individual**. Por ello es que ha sido caracterizado por la doctrina como una de las concepciones subjetivas de la privacidad cuya nota común es la **capacidad del titular de determinar cuándo se afecta su ámbito de privacidad**<sup>76</sup>. Con este planteamiento la intimidad ofrece una faceta más evolucionada que

---

<sup>75</sup> García San Miguel, Luis, *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Ob. Cit., Pág. 18-21.

<sup>76</sup> Dentro de estas concepciones subjetivas de la privacidad, que ponen el acento en el sujeto afectado, Medina Guerrero identifica tres: **i) La privacidad como capacidad de determinar cuándo se afecta ese ámbito por parte del particular**. Surge como paliativo del inconveniente que adolece la concepción material de la intimidad. En general se ha

la que supone la simple reacción a no ser molestado. Es, por una parte, una zona de retiro y, por otra, una esfera reservada para sí por el individuo, en la que él y sólo él puede determinar lo que quiere que los demás conozcan o no de su vida. Constatamos así una evolución, en la que el derecho persiste en su contenido originario y a él se le suma la posibilidad de que su titular elija cómo descansar o alejarse de la mirada de los otros. Desde Warren y Brandeis, el concepto fue cambiando su perfil y, en este progreso, la noción de intimidad adquirió un papel ambivalente. Por un lado conservó su forma original en cuanto

---

imputado a las diferentes aproximaciones materiales a la noción de «privacidad» que terminan generando cierto déficit de protección. Pues todas ellas parten de la idea de que es dable delimitar un listado, más o menos amplio, de situaciones, actividades o asuntos catalogables como «privados» o «íntimos» que estarían salvaguardados por el derecho en cuestión, mientras que se condenaría a los restantes a quedar desprovistos de toda tutela. Así, en Alemania, se ha señalado que la identificación de dos esferas materiales, la «íntima» y la «personal», en la que en principio no es dable la injerencia de la libertad de información, conlleva el peligro de que únicamente se protejan los sentimientos promedio, con la consecuencia de que determinados contenidos informativos, como las típicas cuestiones banales, asuntos intrascendentes, etc. quedan extramuros del derecho general a la personalidad. Para las concepciones subjetivas, antes que recurrir a una pretendida sensibilidad media social para determinar «lo íntimo» y «lo privado», resulta tanto más razonable que sea sobretodo el propio sujeto afectado quien delimite su ámbito de esfera de reserva (Págs. 29-33); **ii) La privacidad como facultad de control sobre la información personal.** Tesis que fueron apareciendo a partir de la década del sesenta del siglo pasado en Estados Unidos que colocaban al control como el principal rasgo definitorio de la *privacy*. Según Charles Friend «la privacidad no es simplemente una ausencia de información sobre nosotros en la mente de los demás: más bien, es el control que tenemos respecto de la información existente sobre nosotros mismos. La persona que disfruta de «privacidad» está facultada para permitir o denegar el acceso a los otros...». Todas esas aproximaciones conducen al mismo resultado: al alejamiento de la concepción material de lo que sea vida privada, pues en ellas lo determinante es la cantidad de información conocida sobre un individuo, y no si la misma afecta aquellas cuestiones que podrían materialmente considerarse privadas (Págs. 33-37); **iii) La privacidad como capacidad de «autodeterminación» ante los demás y como «autodeterminación informativa».** Ante las deficiencias que mostraba el objetivismo inherente a la teoría de las esferas cobraron peso creciente en la literatura las posiciones que dejaban en segundo plano el examen de las posibles materias consustanciales de lo íntimo o lo privado, entronizando al sujeto afectado, al propio titular del derecho, como elemento central para indagar cuál era verdaderamente el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho. En este caso se citan tres sentencias del Tribunal Constitucional Alemán. La sentencia sobre el microcenso, de 16 de julio de 1969, que habla del concepto de derecho a la autodeterminación; la **Sentencia Soraya**, de 14 de febrero de 1973, en donde se define la «esfera privada del hombre» como el «ámbito en que desea quedarse solo, adoptar sus decisiones bajo su propia responsabilidad y no ser inoportuno por intromisiones de ningún tipo» y, cuatro meses más tarde, el caso Lebach, que ya abiertamente habla del «derecho a disponer sobre las presentaciones de la persona». Pero sería la **Sentencia Eppler**, de 3 de junio de 1980, la que marcó el decisivo punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional alemana. Según se argumentó en esa decisión, se incide en el derecho a la personalidad cuando se pone en boca de alguien manifestaciones. En resumidas cuentas, **desde la perspectiva del pensamiento de la autopresentación, la vida privada, protegida con base en el derecho general a la personalidad, comprende también la capacidad de decidir qué informaciones personales, cuándo y a quien deben facilitarse.** Por último, como parte de este proceso de conformación jurisprudencial del pensamiento de la autopresentación se menciona la Sentencia del 15 de diciembre de 1983 (Págs. 37-42) (Medina Guerrero, Manuel, *La protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005).

ámbito de reserva que asegura una tranquilidad de espíritu frente al posible riesgo de que ciertas informaciones relativas a cuestiones personales y económicas sean conocidas. A ella se sumó una significación positiva que permite hacer realidad la autodeterminación del individuo y lo faculta para reaccionar contra la acumulación de datos que le pertenecen y que, generalmente sin su consentimiento, se destinan al control de comportamientos o pueden ser usados con fines de discriminación, ya sean ellos íntimos o simplemente privados. En esta evolución, el derecho a la intimidad dispone de un área reservada y de la capacidad de impedir o limitar la posterior difusión y eventual manipulación o instrumentalización de una información lesiva, no deseada<sup>77</sup>. **La intimidad amplía su dominio y abre camino a un concepto potencialmente expansivo cuyo contorno se encuentra al arbitrio del propio titular**<sup>78</sup>: cada individuo goza de una amplia discrecionalidad para decidir qué aspectos de su vida quedan, en principio, blindados de la intromisión ajena. De esta forma, el ámbito protegido *prima facie* por el derecho a la intimidad no abarcaría a un determinado número de asuntos –mayor o menor según la sensibilidad de su intérprete– que materialmente pudieran considerarse que inciden en lo íntimo, sino a todos aquellos datos que el titular del derecho quiera, ad libitum, excluir de la publicidad<sup>79</sup>. Es el titular quien está legitimado para incidir en la forma y contenido de lo divulgado. El derecho englobaría, por tanto, la capacidad de decidir si se someten a la opinión pública algunos de nuestros datos personales. Es así que visto este desarrollo del derecho, Medina Guerrero concluye que se ha ido abriendo paso entre nosotros una **concepción amplia del derecho a la intimidad** frente a los medios, en cuya virtud se entiende que el titular está facultado para disponer libremente, *prima facie*, del flujo de la

---

<sup>77</sup> Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado*, Ob. Cit., Pág. 51.

<sup>78</sup> López Bofill, Héctor, *Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Núm. 11/2000, Ed. Aranzadi S.A, Pamplona, 2000.

<sup>79</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación*, Ob. Cit., Pág. 43.



información que exista sobre el mismo, y ello con independencia del contenido concreto de dicha información, incluyendo la **capacidad de permanecer enteramente en el anonimato**<sup>80</sup>. El derecho del individuo a autodeterminar lo que queda protegido por el derecho a la intimidad en su vida es el núcleo duro del derecho a la intimidad. Esta libertad de disponibilidad sobre lo privado impide que sea el Estado o los terceros quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada. **Quizás, en virtud de este contenido tan personalista del derecho, sería más adecuado afirmar que lo que se garantiza no es una intimidad determinada sino el *derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un amplio poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia.***

Con este paso del derecho a no ser molestado hacia el derecho a ser desconocido, llegamos al **derecho de la autodeterminación informativa**, que participa de todas aquellas notas particulares de **poder elegir el anonimato y controlar la información que los demás manejan sobre nosotros, independientemente de su contenido íntimo o privado**. Antes de desarrollar lo que nosotros entendemos como una faceta del derecho a la intimidad, conviene referir que la doctrina no es unánime al respecto pues muchos ven en el «derecho a la autodeterminación informativa» un auténtico derecho autónomo, distinto del derecho a la intimidad. Para marcar esta independencia se estima que el derecho a la intimidad sólo protege la faceta más reservada del individuo<sup>81</sup>, mientras que en

---

<sup>80</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 49.

<sup>81</sup> Así lo ven entre otros, Millán Salas, Francisco y Peralta Ortega, Juan Carlos, *El derecho a la autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental*, Cuaderno de estudios empresariales (Universidad Complutense), Núm. 5, 1995, Pág. 203 y ss. En la misma línea: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informática: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990. Del mismo autor, más reciente: *Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa*, IDP: Revista de internet, derecho y política (Universitat Oberta de Catalunya), Núm. 5, 2007. Serrano Pérez, María Mercedes, *El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial*, Nuevas

la «autodeterminación informativa» las señas de lo privado se asientan más en la libertad de disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito privado. Es decir, se destaca que este derecho no tutela sólo las informaciones «íntimas», sino que también se extiende a otras de apariencia inocua en principio, que no se sitúan en esa esfera privada en sentido estricto. Quienes así razonan insisten en que la «intimidad» abarca sólo aspectos personales, como datos biológicos, que no son vida o vivencia, y que la «vida privada» (a la que se vincula el derecho de «autodeterminación») comprende ámbitos como la esfera profesional o económica, que por conocidos o cognocibles, no se integran en la intimidad. No obstante –como profundizaremos más adelante– nuestra postura no es esta y se posiciona en una interpretación del derecho a la intimidad como un derecho que se abre en dos concepciones, una material, que entiende que determinados asuntos son íntimos, y otra subjetiva en cuya virtud se entiende que merece el calificativo de íntimo cualquier dato, por insignificante que sea, que su titular quiera mantener en reserva. Claro está –también lo diremos– que este deseo reconocerá ciertos límites<sup>82</sup>. Es por ello que compartimos con

---

Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Núm. 1, 2005, Págs. 245-265. También señala Galán Juárez que «Desde hace unos decenios se comienza a utilizar la expresión «derecho a la autodeterminación informativa», denominación que desplaza, en lo que se refiere a la cuestión de los datos personales, al derecho a la intimidad. Además, un amplio sector de la doctrina considera sinónimos el derecho a la libertad informática y el derecho fundamental indistintamente llamado autodeterminación informativa o de autodeterminación informática e incluso derecho fundamental a la protección de datos (*Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 208).

<sup>82</sup> Esta postura es la asumida por Manuel Medina Guerrero que, por cierto, organiza su estudio monográfico hablando de una «comprensión material de la vida privada» (Págs. 13 y ss.) y de «concepciones subjetivas de la privacidad: La capacidad de determinar cuándo se afecta ese ámbito por parte del propio titular del derecho» (Págs. 29 y ss.). Véase *La Protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit. Sosteniendo la inclusión del derecho a la «autodeterminación informativa» en el «derecho a la intimidad», sostiene Herrán Ortiz que «sin desconocer la esencia individual del derecho a la intimidad, se aboga por una conceptualización del mismo que lo identifique con la idea de personalidad y de libertad del individuo, en cuyo caso ninguna dificultad puede plantear una reformulación del derecho a la intimidad que extienda su ámbito no sólo a aspectos más próximos a la persona, que por otro lado ya estaban hasta entonces protegidos, sino aquellos otros que por pertenecer a una esfera menos íntima de la persona no se pensaba que su conocimiento y utilización por terceros pudiera afectar a la persona. Ahora bien, con el desarrollo de las tecnologías informáticas tanto el ámbito íntimo, como el menos próximo a la persona pueden verse afectados y su conocimiento, divulgación o inadecuado tratamiento informatizado pueden perjudicar a la persona; frente a la utilización y tratamiento informático de la información no cabe clasificar la información de íntima y no íntima, porque los datos relativos a la persona, hasta los más insignificantes o inocuos, si son adecuadamente relacionados pueden presentar un peligro para la

Rebollo Delgado la opinión de que, en definitiva, no existe necesidad de crear nuevos derechos. Las posibilidades de lesión son muchas, y más aún los medios para lesionar derechos de la personalidad, pero el bien jurídico a proteger sigue siendo la intimidad. La Constitución Española reconoce el derecho a la intimidad, establece los mecanismos de protección, y sólo singulariza un medio de lesión, curiosamente la informática. Lo que se lesiona no es algo novedoso (la dignidad, la privacidad, los derechos fundamentales), la nueva circunstancia viene dada por los medios de hacerlo o por los útiles para llevarlo a efecto<sup>83</sup>.

Pero, volviendo a nuestro desarrollo y a nuestro posicionamiento, tenemos que el derecho a la intimidad es más que nada un derecho a poseer intimidad y disponer de ella. Es un derecho que no sólo brinda protección frente a qué es lo que se divulga de nosotros, sino frente al sólo hecho de que se divulgue<sup>84</sup>. Así como en el caso del derecho a no ser molestado señalamos como clave y fundamental la obra de Warren y Brandeis, toca aquí reseñar otro hito en la evolución de la intimidad: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley de Censo de Población, que vino a configurar (o al menos acuñó por primera vez el término) el «derecho a la autodeterminación informativa» como una específica proyección del «derecho a la autopresentación» al ámbito del procesamiento de datos informáticos. El Tribunal Constitucional Federal resolvió el recurso presentado contra la Ley de 25 de marzo de 1982 relativa al censo demográfico declarándola inconstitucional en razón del excesivo número de datos o informaciones solicitadas a los ciudadanos (recolección indiscriminada de datos)

---

integridad moral y para la identidad personal» (Cfr. *La Violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales*, Ob. Cit., Pág. 101).

<sup>83</sup> Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 139.

<sup>84</sup> Medina Guerrero, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 104.

con el fin de ser sometidos a un posterior tratamiento informatizado. Esto suscitó alarma en amplios sectores de la sociedad alemana, dando lugar a una oposición organizada. Cundió la sospecha de que el Gobierno no perseguía simplemente finalidades estadísticas, sino asegurarse un control sobre las actividades y sobre las condiciones personales de los ciudadanos. En concreto, el agravio consistía en el riesgo de la posible combinación de datos y su adscripción a una determinada persona. En su sentencia el Tribunal alemán señaló como principio básico del ordenamiento jurídico el valor y la dignidad de la persona que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. Sostuvo también que no sería compatible con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y jurídico que hiciese posible que un ciudadano «no pueda percibir con suficiente seguridad qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación (...) Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos»<sup>85</sup>.

De acuerdo con la formulación acuñada en la Sentencia, este derecho de «autodeterminación» confiere a su titular la facultad de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites se hacen públicas las circunstancias de la vida personal, así como la de determinar por sí mismo la revelación y utilización de sus datos personales. Y esta expansión del derecho a la intimidad nos lleva a cuestionarnos por si el derecho a la

---

<sup>85</sup> Galán Juárez, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Págs. 208-209.

autodeterminación informativa consiste en una mera reformulación del derecho a la intimidad.

Resulta innegable que el derecho a la autodeterminación informativa se construye tomando como fundamento el concepto de intimidad o vida privada en la medida que ofrece tutela a la persona respecto a sus datos de carácter personal ante una posible utilización abusiva de los mismos mediante la informática u otro tipo de tratamiento automatizado. No obstante, no sólo salvaguarda datos íntimos, sino también aquellos que, sin pertenecer a la esfera más próxima del individuo, son susceptibles de dañar su imagen o el ejercicio pleno de sus derechos. Nos preguntaremos, entonces: ***¿Cualquier información relativa a una persona puede formar parte de su intimidad?, ¿Cualquier dato puede ser considerado íntimo?***

Para responder a esta cuestión debemos hacer algunas precisiones relativas al binomio intimidad-privacidad.

La intimidad no es, en rigor, un sinónimo de privacidad, aunque se considere a veces de este modo al no poseer en español un término apropiado para la noción original anglosajona de *privacy*. Podría decirse que la privacidad es una noción sociológica que se define con referencia a un mundo exterior formado por una pluralidad de personas, y que por el contrario, la intimidad es un concepto psicológico que alude a un mundo que se desarrolla en el propio interior. En este sentido, la privacidad contendría a la intimidad. Así, intimidad y privacidad no tienen que constituir realidades enfrentadas o contrapuestas, sino que, por el contrario, ambas se identifican con el ser o existir individual, representan dos facetas complementarias a la persona, ambas irrenunciables para la realización y desarrollo personal del individuo; la intimidad referida al mundo interior, profundo y esencial del ser

humano, y la privacidad referida a esos otros ámbitos de la persona que la vinculan con el mundo exterior, en las relaciones y actividades sociales<sup>86</sup>.

El término «privacidad» o «esfera privada» fue acuñado, con estos alcances, legislativamente por la Ley Orgánica 5/1992 reguladora del tratamiento de datos de carácter personal— que ha sido derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En su Exposición de Motivos se decía:

«El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrolla 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 la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo».

**Al hablar de autodeterminación informativa, se hace referencia a la posibilidad de disponer de datos íntimos y privados. Ello conlleva una verdadera reformulación jurídica y conceptual del derecho a la intimidad introducida por la**

---

<sup>86</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La Violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 1998, Pág. 100.

**ley, en virtud de la cual el derecho a la intimidad adquiere otras dimensiones y pasa de proteger lo íntimo, a lo privado, y de allí a la protección de datos no íntimos cuya revelación no fue consentida por su titular.**

El argumento expuesto por Tomás de Domingo, es por igual sintético como impecable para explicar este avance del derecho del que se viene hablando<sup>87</sup>. Razona así:

El control de los datos personales resulta absolutamente necesario si se quiere evitar el conocimiento –ya no sólo la percepción directa– de las acciones y los acontecimientos íntimos. Respecto de aquellos datos que informan sobre la intimidad, nos encontramos con un curioso fenómeno: las acciones o los acontecimientos íntimos dan lugar, lógicamente, a datos íntimos, de tal forma que quien accede al conocimiento de tales datos llega a conocer la intimidad. Ahora bien, es evidente que la existencia de una persona no se reduce a acciones o acontecimientos íntimos, sino también que su biografía está compuesta por otro tipo de datos. Teniendo esto presente es posible que el acceso a la intimidad de una persona no se logre mediante el conocimiento de los datos íntimos que ha generado, sino gracias a conocimiento de datos que, sin ser íntimos, en conexión con otros, pueden llegar a revelar la intimidad.

Esta posibilidad de conocer aspectos íntimos a partir de datos no íntimos, referida tanto en la Exposición de Motivos como en la cita precedente, fue también comprobada y explicada por Fulgencio Madrid Conesa con su «**Teoría del Mosaico**»<sup>88</sup>.

Según este autor, hay ciertos datos que, aunque pueden parecer irrelevantes, al no aportar información sobre la intimidad, permiten ser utilizados para, en combinación con

---

<sup>87</sup> De Domingo, Tomás, *¿Conflicto entre derechos fundamentales?*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág. 281.

<sup>88</sup> Madrid Conesa, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, Pág. 45.

otros datos, averiguar aspectos de la intimidad. Esto sucede «al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados».

En principio, el conocimiento de los comercios donde una persona adquiere enseres o el vestuario parecen datos irrelevantes y sin trascendencia, datos banales. No obstante, si estos datos son relacionados mediante la aplicación de un sistema informático pueden presentarnos un retrato de la persona, de sus gustos, inclinaciones, etc. De tal suerte, lo que parece trivial pasa a ser sustancial en tanto da a conocer la intimidad de un individuo. Semejante flujo de información puede perjudicar al titular del derecho o beneficiar a la sociedad, según el interés que esté en juego. La relación de datos puede revelarnos que un sujeto lleva un nivel de vida demasiado elevado en relación a los ingresos que percibe, y así presentarse ante los demás como desmesurado en sus gastos. Esta falta de diligencia o control en el manejo de los gastos puede ser visto como un desvalor por la sociedad y, por tanto, legítimamente el titular puede no querer ser conocido de esta forma por terceros. Pero ocurre que si el implicado en el manejo de información ocupa un cargo público, conocer una notable desproporción entre sus ingresos y gastos nos puede inducir la sospecha sobre cuál es la verdadera fuente de sus ingresos. Incluso, puede llegar a develar un enriquecimiento ilícito del agente y acabar con las prácticas corruptas es un objetivo al que un Estado de Derecho no puede rehusar. En este caso la injerencia o conocimiento de la intimidad podría estar justificada, ser legítima, pero lo que siempre será ilegítimo, en uno u otro caso (exista o no un interés público en juego) es no conocer quién, cómo y con qué fin se hace el manejo de información sobre nuestra persona. Hablamos aquí de proteger la información de la persona, información o datos de carácter personal, ya no de datos íntimos o privados. El tratamiento de los datos personales hace posible una vigilancia de hecho de la vida cotidiana del individuo y, de no regularse ese manejo, nuestra vida



individual y social corre el **riesgo** de hallarse sometida a un **juicio universal permanente**. **Y es que las posibilidades tecnológicas de conseguir un «ciudadano de cristal», descubierto frente a un escrutinio y control desenfrenados, son cada vez más grandes**. De hecho, la personalidad de un individuo puede hacerse transparente para fines de mercado, llegando a generar una auténtica estigmatización electrónica<sup>89</sup>. En la sociedad actual la información es poder y este poder cobra mucho más peso cuando convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. Frente a este estado de cosas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario y justifica la evolución de sus instituciones. Tal es el imperativo que dirige la Constitución cuando dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos» (art. 18.4 CE).

En suma, **con la protección de los datos personales hay una ampliación del significado constitucional del derecho a la intimidad, por lo que bien interpretado, debe incluir el control que tenemos sobre las informaciones que nos conciernen**. Esta ampliación de contenidos ha tenido puntual repercusión sobre la significación axiológica y fundamentación del derecho. Junto a la conexión tradicional con el valor de la dignidad se identifica a la intimidad con la propia noción de libertad, en cuanto define las posibilidades reales de autonomía y de participación en la sociedad contemporánea; e incluso cuando se la concibe como facultad de control de las informaciones que les conciernen por parte de los individuos y los grupos, aparece como una condición para una

---

<sup>89</sup> Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 220.

convivencia política democrática, que se confunde con la defensa de igualdad de derechos<sup>90</sup>.

Definitivamente, no hay protección suficiente si se concibe a la intimidad exclusivamente como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada. Al propio tiempo, la intimidad reclama ser vista como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan al sujeto. **El derecho a no ser molestado –tal como se lo presentó en este trabajo– se ha convertido, hoy en día, en una garantía insuficiente.**

**La intimidad debe ser una facultad de control, y este control terminará en la mayoría de las ocasiones de practicarse respecto de datos no íntimos<sup>91</sup>, sino más bien privados y domésticos.** El derecho a la autodeterminación informativa protege a la persona frente a cualquier incursión en su vida para su posterior tratamiento automatizado y cesión interesada a terceros.

### 2.3. Derecho a autopresentarse ante los demás

---

<sup>90</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 2001 (séptima edición), Pág. 330. También Rebollo Delgado hace referencia a este cambio de paradigma de identificar la intimidad con la dignidad o con la libertad: «la primera acepción de intimidad se identifica con dignidad, la segunda lo hace con la idea de libertad. De esta forma, la intimidad ha pasado de ser el derecho a la exclusión de los demás del ámbito privado, a ser el espacio de soberanía de un individuo considerado en su dimensión integral» (Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 128).

<sup>91</sup> Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El Derecho a la autodeterminación informativa*, Ob. Cit., Pág. 90; Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*; Ob. Cit. Pág. 217; Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La Violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales*, Ob. Cit., Pág. 102. Los autores sostienen que el último reducto del ser humano –su esencia más íntima– será con frecuencia el ámbito individual menos agredido de la persona, porque a diferencia de otras actividades y vivencias es lo que menos trasciende de cada persona en cuanto ser social. De tal suerte, será habitual la agresión e intromisión en los aspectos más cotidianos y domésticos de la vida personal, y que pese a no ser íntimos representan un interés digno de tutela para la persona, porque a través de los mismos se proyecta la personalidad e identidad del individuo.

Y en esta evolución que venimos reseñando, damos un paso más: el derecho a la intimidad otorga también la facultad de autopresentarse ante la sociedad comoelijamos hacerlo. Reconoce la posibilidad de presentarnos, de autopresentarnos de la forma que más nos guste, de elegir cómo es que queremos ser conocidos, lo que implica, decidir qué temas y qué aspectos de nuestras vidas pueden trascender a terceros.

Desde esta tercera interpretación (o presentación) que hacemos del derecho a la intimidad, todos los individuos tienen el derecho a ser desconocidos o bien, ser conocidos de una especial forma: la que ellos elijan. Lo trascendente es la operatividad de la voluntad de su titular.

En virtud de esta particular lectura del art. 18.1, el derecho a la intimidad tendría una eficacia semejante a la que despliega en Alemania el **derecho a la autopresentación** (*Reicht auf Selbstarstellung*) derivado del derecho general a la personalidad, *ex* art. 2.1 en conexión con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El derecho general a la personalidad emanado del art. 2.1 GG comenzó a utilizarse en jurisprudencia para cubrir las lagunas de protección existentes en la legalidad ordinaria, en cuanto ésta no contempla ninguna vía eficaz de defensa frente a las informaciones que, afectando a la esfera personal de un sujeto, no suponían sin embargo una vulneración de su honor. Ya el Tribunal Supremo Federal, en el año 1954, al resolver un caso en el que se publicó como carta al director a nombre de un individuo lo que verdaderamente no era sino el escrito hecho por su abogado en su defensa, entendió que esta información inducía a error y lesionaba la esfera propia personal del autor, porque las manifestaciones que éste no había autorizado podían dar una imagen falsa de su personalidad<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La Protección Constitucional de la Intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 109.

Al hablar de un «derecho a la autopresentación» lo que hacemos es retomar la idea de la «autodeterminación informativa» y la aplicamos a la imagen social de una persona. De este modo, se abre paso, una vez más, a otra nueva faceta del derecho a la intimidad, entendido como el **derecho que comprende la libertad del particular de determinar qué imagen de sí mismo quiere proporcionar a la colectividad**. La consideración social también es definida por uno mismo, o al menos, se tiene la facultad jurídica de hacerlo. Así, el derecho a la intimidad impide **no sólo que se genere una equivocada imagen de la personalidad del sujeto, sino que incluso, se forme una imagen de la personalidad del sujeto que éste no quería para sí**.

En el paso del *derecho a no ser molestado*, a *ser desconocido* y, finalmente, a *autopresentarse ante los demás*, está siempre operando la libertad de disponibilidad sobre lo privado. Importa más esta libertad que el contenido del ámbito privado; la subjetividad (voluntad del titular) se impone a la materialidad (contenido íntimo del asunto). Y definitivamente, las señas de lo que es el derecho a la intimidad deben fijarse en esta libertad de disponibilidad. En una sociedad plural, donde el libre desarrollo de la personalidad está elevado a la categoría de valor fundamental del ordenamiento, debe preservarse la libertad de cada individuo de mostrar sólo aquellas parcelas de su vida privada que desee, forzando este panorama tan sólo en los supuestos en el que el interés general así lo demande<sup>93</sup>. Ciertamente es que aunque no podría existir nunca un «derecho a la mentira», dentro de un marco de respeto a la libertad individual, cada individuo puede decidir de qué forma ser conocido por los demás. Puede decidir, que en caso de no tener trascendencia pública, no se sepa un dato de lo más insustancial como es en qué cadena de hipermercados efectúa sus compras o qué sitio elige como destino para pasar sus vacaciones. De tal suerte, puede considerarse afectado el

---

<sup>93</sup> Cabezuelo Arenas, Ana Laura, *Derecho a la Intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 113.

derecho a «autopresentarse a los demás» cuando: **i)** se ponen en boca de alguien manifestaciones que no ha hecho y que perjudican su consideración social; **ii)** se dan a conocer episodios ciertos, verdaderos o falsos (la diferencia resulta irrelevante) absolutamente insustanciales; **iii)** se divulguen datos que el titular no deseaba sean conocidos, aún cuando no hagan desmerecer el concepto que los demás le tengan; **iv)** se divulgan hechos que hacen formarse una determinada imagen que no coincide con la que el titular ha elegido presentarse ante la colectividad.

En definitiva, en la práctica, el «derecho a la autopresentación» se traduce, de inmediato, en un instrumento de defensa genérico ante la divulgación de hechos falsos de una persona, frente a la imputación de manifestaciones que en realidad no se han dicho (vgr. entrevistas ficticias) e incluso frente a la divulgación de hechos verdaderos, sin trascendencia, que su titular no quiere sean conocidos por terceros. Con estos precisos alcances, nuestro derecho a la intimidad jugaría un papel semejante al que desempeña en los Estados Unidos el *tort* de «publicidad que falsea la imagen de una persona» (*publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*), por el que se da protección frente a las publicaciones que, sin ser difamatorias, tergiversan la imagen pública de una persona. Así, entre otras manifestaciones, el *tort* se extiende a todos aquellos supuestos en que se atribuye erróneamente a alguien la autoría de opiniones, manifestaciones, artículos, libros, etc., o sencillamente se narran hechos sobre el mismo que son falsos<sup>94</sup>. A esta dirección apunta la comprensión amplia del derecho a la intimidad según la cual abarca la capacidad de controlar el flujo de información sobre nuestra persona, lo que autoriza, en línea de principio, a impedir que se publique cualquier asunto que afecte a nuestra esfera de reserva, sea positivo o negativo, verdadero o falso. La difusión de información falsa sobre un

---

<sup>94</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la Intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 105.

individuo puede entrañar pérdida de su privacidad: La gente ahora cree que sabe más sobre él. Si la información es suficientemente espectacular, X puede perder su anonimato y convertirse en objeto de atención de otra gente y ciertamente un individuo siempre pierde privacidad cuando se convierte en centro de atención. Si lo que se garantiza en el artículo 18.1 CE es el secreto de nuestra propia esfera de privacidad, ese secreto se transgrede con la mera divulgación de un dato, sea o no correcto<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Ruth Gavison, *Privacy and Limits of the law*, Yale L. J., Vol. 89, 1980, Págs. 431-432. Citado por Medina Guerro, *La protección constitucional de la Intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 104.

### **3. Vinculaciones del derecho a la intimidad con otros derechos fundamentales**

Presentado el derecho a la intimidad deberíamos pasar a analizar las legítimas restricciones que pueden aplicársele cuando su titular es un gobernante o alto cargo. Pero para ello será necesario argumentar, previamente y en este primer capítulo introductorio, sobre las categorías jurídicas «persona pública», «interés público» y «debate público» o «debate político». Ocurre, sin embargo, que estas categorías son tratadas por el Tribunal Constitucional, a cuya interpretación nos ceñiremos, al ponderar los específicos límites que pueden operar sobre el derecho al honor. Esto se debe, y en esta consideración coincidimos con Medina Guerrero, al hecho de que es muy difícil identificar en la jurisprudencia constitucional algún caso en el que se haya alegado la vulneración por parte de la prensa del derecho a la intimidad de un cargo o funcionario público<sup>96</sup>. La realidad nos indica que los medios de comunicación españoles, en general, se muestran bastante respetuosos con la vida íntima de sus servidores públicos. De hecho, en nuestra investigación hemos realizado una exhaustiva búsqueda de sentencias del Tribunal Constitucional cuyo objeto procesal se centrara en la ponderación de alguno de los derechos del art. 18.1 de la CE, siempre que sus titulares fueran «personas públicas». Como resultado de esta pesquisa, comprobamos que de entre las casi cuarenta sentencias analizadas que hacían referencia a las categoría jurídica subjetiva (persona pública) y material (interés público), tan sólo en una de ellas se alegaba injerencia en el derecho a la intimidad<sup>97</sup>, mientras que en otra lo alegado era una vulneración al derecho a la propia

---

<sup>96</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 146.

<sup>97</sup> Se trata de la STC 151/1997, de 29 de septiembre de 1997 en la que un capitán de artillería alega injerencia en su derecho a la intimidad a causa de una resolución administrativa en la que se decide sancionarlo por la comisión de un acto deshonesto que consistía en consistir el adulterio de su cónyuge.

imagen<sup>98</sup>. Como cabe inferir, la casi totalidad de las sentencias tratan de violaciones al derecho al honor. Tan es así que incluso cuando se cuestionó la difusión de datos muy precisos y relativos al patrimonio de un ex ministro se lo hizo invocando una violación al derecho al honor por tratarse de «conjeturas, suposiciones y calificaciones sobre hechos falsos»<sup>99</sup>. De todos modos, y más allá de que cada uno de los tres derechos del art. 18.1 CE reconocen un ámbito propio de protección, las reflexiones que se hagan en torno a cómo se justifican las injerencias que están llamados a soportar, en términos generales, servirán indistintamente para cualquiera de ellos. Lo que no quita que algunos aspectos merecerán un tratamiento distinto según se trate de una vulneración al derecho al honor o a la intimidad, como ocurre –por ejemplo– con el requisito de veracidad. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional, la veracidad funciona –en principio– como causa legitimadora de las intromisiones en el honor. En cambio, si se trata del derecho a la intimidad la veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, pues la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan<sup>100</sup>. Tampoco podrá esgrimirse como argumento a la hora de evaluar un menor ámbito de protección de la intimidad el hecho de que las «personas públicas», en particular los políticos, están en mejores condiciones de defenderse públicamente<sup>101</sup>. Ante una crítica desmedida, podrá beneficiarse de su más cercano acceso a los medios de comunicación y rebatirla de manera

---

<sup>98</sup> Se trata de la STC 72/2007, de 16 de abril de 2007, en la que se cuestiona la publicación en un periódico de la imagen de una policía municipal en el momento en que llevaba a cabo el desalojo de unas viviendas.

<sup>99</sup> STC 216/2006, de 3 de julio de 2006.

<sup>100</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2. Se afirma: «El **criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado**, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa».

<sup>101</sup> La STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7. Se afirma: «el personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y **frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular**».



casi simultánea. Sin embargo, si no se trata de una crítica, sino de la divulgación de un dato íntimo, el daño se genera por el mero hecho de la publicación. En este supuesto los posteriores discursos no podrían sino ahondar en ese daño, sin poder alguno para neutralizarlo. Pero en cuanto a lo que sí comparten, sucede que la protección de la intimidad, honor y propia imagen cede frente a la presencia de dos voluntades: la voluntad del titular del derecho [i.e. por el consentimiento expreso o sus «propios actos»] o bien la «voluntad pública» [i.e. «interés público»]. Asimismo, para evaluar el ámbito de protección de cualquiera de los derechos del art. 18.1 CE ha de tenerse en cuenta el carácter público, de proyección pública o privado de su titular y la actividad en la que se desenvuelve en el momento preciso<sup>102</sup>. Cuanto mayor sea el carácter público de la persona, más relevante será la difusión de la información, opinión o imagen. Todo esto será fundamental a la hora de exigir un mayor o menor reconocimiento y su consiguiente protección jurídica. Estas «notas comunes» se explican en que, por un lado, reconocen una misma naturaleza de derechos fundamentales y de la personalidad, y por otro, se vinculan y suelen entrar en conflicto con las libertades de expresión e información, que responden al derecho a la participación pública de la colectividad.

Lo expuesto nos sirve pues para defender que lo argumentado en casos de vulneración al honor (veremos que el tema ocupa la práctica totalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia), es decir, cuando a partir de la alegación de su vulneración se tratan las categorías jurídicas de «persona pública» e «interés público», puede perfectamente resultar de aplicación, en líneas generales, al resto de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE.

---

<sup>102</sup> De las extensas citas que se harán en el apartado específico escogemos, por todas, la STC 76/1995, de 22 de mayo de 1995 (FJ6) en cuanto afirma «El ámbito de la intimidad se reduce correlativamente como también el del honor, más sensible cuando de ciudadanos particulares se trata».



#### **4. La intimidad en la legislación española**

La proclamación formal del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales se reconoce en el artículo 18.1 de la CE en los siguientes términos: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, y familiar y a la propia imagen. No obstante las pocas palabras con que son presentados, el contenido de cada uno de estos derechos, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no requieren de desarrollo legislativo para su aplicación. Por otro lado, el artículo 53 CE, incorpora el requisito de que el desarrollo normativo de derechos y libertades fundamentales habrá de realizarse mediante ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Y, por último, el artículo 81.1 CE especifica qué tipo de ley debe ser la que desarrolle los derechos fundamentales y las libertades públicas: Ley Orgánica. Pues bien, de la conjunción de estos dos últimos artículos (53.1 y 81.1 CE) tenemos que las limitaciones legales a los derechos fundamentales (o, en términos más precisos, el desarrollo de su estatuto primario) sólo pueden establecerse por Ley Orgánica<sup>103</sup>. Tanto el Tribunal Constitucional como en el resto de la práctica legal ha matizado este aspecto, pues si bien es cierto que el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales se ha hecho mediante ley orgánica, algunas cuestiones que afectan sobre todo el derecho a la intimidad se han regulado mediante ley ordinaria, y ello ha recibido el aval del Tribunal Constitucional. En efecto, de su jurisprudencia se deduce que por fuerza constitucional la regulación sustancial del los

---

<sup>103</sup> Como es sabido, la Ley Orgánica se define por la combinación de dos criterios: **i)** uno material, mediante el cual la Constitución establece por una parte, de manera general, unas materias que han de ser reguladas por Ley Orgánica, y remite, por otra, a las reservas de Ley Orgánica escalonadas a lo largo del texto constitucional; y **ii)** otro formal, por el cual se exige una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica. Junto a estas dos características en otros artículos de la Constitución se completa la definición de Ley Orgánica mediante diversas prohibiciones. Así, el art. 75 prohíbe en materia de Ley Orgánica las Leyes de Comisión; el 82, la delegación legislativa; y el 87, la iniciativa popular.

derechos fundamentales tiene que hacerse a través de ley orgánica, pero nada impide que los aspectos colaterales o incidentales podrían regularse a través de ley ordinaria.

Bajo la cobertura constitucional, surgen dos leyes orgánicas que tienen como núcleo central la protección la intimidad, y también el honor y la propia imagen. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 15/1999, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. La primera atiende a la garantía civil de los derechos, en claro desarrollo del art. 18.1 de la CE. La segunda, cumple el mandato contenido en el art. 18.4 de la CE que establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos<sup>104</sup>.

#### **4.1. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>105</sup>**

El art. 1.1. de la LO 1/1982 dispone que «el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley Orgánica». Por su parte, el art. 1.3 establece que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», agregando que «La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o

---

<sup>104</sup> Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Págs. 191-192.

<sup>105</sup> Texto conforme su modificación por la Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal. Esta versión tiene vigencia desde el 23 de diciembre de 2010.

consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta Ley». Y, precisamente, el artículo 2.1 nos dice que «la protección civil del honor, intimidad y propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». No podemos dejar de mencionar que alguna doctrina hace crítica de esta redacción, calificándola de confusa al no dejar en claro si los usos sociales y propios actos configurarían un solo criterio delimitador o bien si se trata de dos criterios independientes entre sí<sup>106</sup>. Pero mayoritariamente se suelen tratar estos criterios de forma independiente. La postura se deduce del texto del Preámbulo de la propia ley, en el que se lee que «...a través de los usos sociales se pretendía que los derechos tratados quedasen determinados [...] de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad.; mientras que los actos propios permitirían delimitar los derechos del art. 18.1 de la Constitución atendiendo al propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento...».

Sin entrar en la oportunidad legislativa de tener en cuenta los «usos sociales» o los «actos propios» como elementos decisivos para fijar el concreto ámbito de tutela de los

---

<sup>106</sup> La redacción de este precepto ha sido duramente criticada por Clavería, que incluso preconiza su supresión haciendo gala de una visión excesivamente expansiva de las leyes orgánicas. Según este autor, debió ser precisamente la propia LO 1/82 la que delimitase la protección de esos derechos, y no referirse a otras leyes porque, si éstas no son orgánicas, la norma infringiría el artículo 81 de la Constitución, y, si lo son, carece de sentido una ley orgánica que necesita otras de igual rango; además, la referencia a los usos sociales es improcedente, porque éstos podían ser desigualitarios entre españoles, provocándose efectos prohibidos por la Constitución y, sobre todo, no debió permitirse delimitar esos derechos a cada persona «con su hábitos, su conducta, sus manifestaciones de voluntad, el ámbito protegido de su esfera personal», porque podría ocasionar que aquéllos deviniesen renunciables de modo definitivo e indiscriminado. Consecuentemente, según este autor, procede suavizar al máximo los efectos de este precepto, mediante una interpretación restrictiva, con objeto de evitar la frustración de los fines de la ley «o consecuencias aún peores», de modo que «la referencia a las leyes se entenderá hecha sólo a las orgánicas, la referencia a los usos se entenderá hecha sólo a aquellos que no conlleven consecuencias no queridas por el constituyente y la referencia a la conducta anterior de la persona deberá interpretarse como mera pauta hermenéutica complementaria (por ejemplo, a la hora de medir la intensidad del daño moral con vistas a una cuantificación de la indemnización), pero nunca como modo de renuncia irreversible y genérica a la protección legal» (Clavería Gonsálbez, Luís Humberto, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, en Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, Págs. 348-349).

derechos del art. 18.1 de la CE, es incontestable que estos dos criterios permiten un apreciable grado de flexibilidad a fin de adaptarlo tanto a las cambiantes convicciones sociales, como a las circunstancias peculiares de cada caso<sup>107</sup>. No fue otra la voluntad del legislador pues –como vimos– ya en el «Preámbulo» se hace mención a este punto, explicando que los criterios del art. 2.1 de la ley orgánica permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas. De esta forma, el legislador delimita el ámbito de protección del derecho a la intimidad, honor y propia imagen bajo tres líneas maestras: i) la ley; ii) los usos sociales, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que se comete la intromisión ilegítima; y iii) los actos propios, en cuanto que crean un ámbito de reserva de la persona para sí y para su familia<sup>108</sup>.

En cuanto a qué debe entenderse por «usos sociales», existe coincidencia en señalar que éstos habrán de ser reiterados, constantes, uniformes, y, además, ser exigible el requisito de propiedad, esto es, que ese comportamiento pertenezca al grupo social destinatario de los mismos<sup>109</sup>. Rovira Sueiro hace una completa recopilación de las distintas opiniones que mereció en la doctrina la inclusión de ésta fórmula, y finaliza con su propia

---

<sup>107</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 53-54. Al respecto Clemente García García (*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del tribunal constitucional*, Ob. Cit., Pág. 130-131) opina que la Ley Orgánica de 1982 es una norma que quiere proyectarse al futuro al otorgar importancia básica en la ponderación de cada caso a los actos propios de la persona y a los usos sociales, lo que, sin duda, plantea un problema permanente acerca de la delimitación conceptual de los derechos personalísimos que regula. No obstante las críticas que parte de la doctrina ha señalado a tal remisión, creemos que nos encontramos ante una de las normas más significativas del ordenamiento jurídico. No podría ser de otra manera si lo que se pretendía es proteger a la persona en sí y en su relación con los demás. Es entonces cuando la realidad social, las circunstancias concurrentes en cada momento, las pautas de comportamiento, etc. han de permitir la valoración de cada derecho.

<sup>108</sup> Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 196.

<sup>109</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 140. Acudiendo a posicionamientos de los Tribunales de Justicia, debe citarse la STS del 31 de enero de 1997, en la que resolviendo un caso de «derecho al honor familiar» se acude al concepto de «realidad social» (art. 3.1. C.C.), y se establece que en la delimitación de los usos sociales habrán de comprenderse tres aspectos: la posición, actuación y talante del ofendido; la proyección pública del mismo; y el contexto en el que se produjeron las expresiones.

opinión positiva<sup>110</sup>. Interesa señalar de todo cuanto argumenta el ejemplo que toma para dar cuenta de la utilización de la categoría «usos sociales»: la Sentencia del 4 de noviembre de 1986 del Tribunal Supremo, resultado del recurso de casación interpuesto por la Compañía Mercantil «Grupo Promotor Salamantino S.A.» que fue condenada en apelación al pago de una indemnización por el contenido de un artículo periodístico en el que se critica la forma de obtener un empleo público por parte de la demandante. Los demandados pretendían legitimar su conducta, precisamente, en los usos sociales. En el artículo periodístico, titulado «Otra esposa con-sorte», se afirmaba que la directora de la «recientemente Oficina de Información al Consumidor había accedido al cargo por «enchufe». Los demandados, recurrentes en este caso, adujeron que el arraigo en nuestras costumbres públicas de esa práctica justifica lo que el texto periodístico denuncia sin producir desdoro para la actora. Afirmaron que: i) la utilización de palabras como «con-sorte» y «enchufe» se enmarca dentro de los usos y expresiones periodísticas habituales en el día de hoy en todos los medios de comunicación social; y que ii) siguiendo el contenido del art. 3.1 del Código Civil «en la España de hoy la utilización de recomendaciones es el pan nuestro de cada día y no produce desmerecimiento alguno en la consideración ajena». En definitiva, a partir del art. 2.1 de la LO 1/1982, consideran que en el presente caso no se ha producido ningún ataque contra el honor sino una crítica de la actual era socialista que es perfectamente acorde dentro de los usos sociales vigentes en España. Por todo ello, concluyeron que «el articulista en el presente caso se ha movido dentro del tono que hoy en día es habitual en los periódicos y revistas del España». Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo –en su fundamento jurídico 3º de la Sentencia en cuestión– declaró que «en cualquier tiempo y dentro de toda situación política, es gravemente ilícito para todos

---

<sup>110</sup> Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, CEDECS, Barcelona, 1999, Págs. 135-136.

los intervinientes el inspirar el acceso a la función pública en otro designio que no sea el de la selección de los más idóneos y hacerlo de otro modo mediante la cabal observancia de las bases de la convocatoria, que vinculan al empleo público al margen de ese procedimiento, único lícito, apareja inequívocamente la imputación de venalidad».

Con este ejemplo es fácil advertir como la determinación de lo que es un «uso social» no está exenta de dificultad. Grimalt Servera, en un intento de despejar los mensajes equívocos que transmiten los órganos jurisdiccionales con respecto a los «usos sociales», sintetiza una serie de afirmaciones habituales que pueden ayudar a determinar en qué ámbitos los usos sociales podrían afectar la tutela de los derechos al honor, intimidad y propia imagen<sup>111</sup>: a través de los usos sociales se intentaría adecuar la protección a las convicciones sociales imperantes en cada momento. Siendo cierto que el contenido de los derechos puede ser modulado por los usos sociales, éstos no podrán justificar una agresión a ellos. Que una determinada conducta agresora de los derechos del artículo 18 CE se repita frecuentemente en la sociedad no puede quedar per se legitimada por la vía de los «usos sociales». Estos no pueden legitimar efectos contrarios al ordenamiento jurídico, como –por ejemplo– discriminaciones en cuanto a la intromisión, sin perjuicio de que sí quepan diferencias cuanto al carácter lícito o ilícito de la intromisión. Esto significa que a través de los «usos sociales» no se puede considerar que una conducta, o que un hecho, suponga una intromisión para una persona y no para otra (es intromisión en ambas). Ahora bien, lo que sí es posible es establecer diferencias en relación con la licitud y la ilicitud de la conducta: una misma intromisión puede ser lícita respecto a una persona pero ilícita respecto a otra en función de los «usos sociales», siempre que entre ellas se den unas circunstancias razonablemente desiguales (por ejemplo, que el primero sea un personaje

---

<sup>111</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 56-58.



público y el segundo no). Los usos sociales pueden ayudar a delimitar a priori qué debe considerarse por injurioso y qué no, y qué informaciones pertenecen al estricto ámbito de la intimidad absolutamente inatacable y cuáles no, por tanto, inciden en la idea de intromisión. También, los usos sociales pueden ser un referente para coadyuvar en la delimitación de ciertos conceptos como la crítica aceptable, relevancia pública de una información, personas públicas o notorias, etc., a los efectos de ponderar las libertades de información y expresión con los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen; por tanto, incidiría en la «legitimidad» o «ilegitimidad» de una intromisión.

En cuanto a los «propios actos» –aunque se trata de un tema que trataremos más en detalle en el Capítulo III<sup>112</sup>–, sí podemos anticipar aquí, en tanto se hizo referencia a las posibilidades de decidir o de autodeterminar el contenido del derecho a la intimidad, que es necesario asociar los «propios actos» a la «libertad». Aquéllos son consecuencia de ésta, como no puede ser de otra manera cuando de derechos de la personalidad se hable<sup>113</sup>.

El artículo 7 de la LO 1/1982 tipifica aquellas conductas que tienen la consideración de intromisión ilegítima. Se entiende que se trata de una regulación abierta que no agota las posibles agresiones a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. El texto del propio artículo conduce a esta interpretación en cuanto refiere que los derechos serán protegidos civilmente «frente a todo género de intromisiones ilegítimas», por lo que los supuestos en él descritos no pueden ser excluyentes de otras intromisiones a estos derechos.

Son intromisiones ilegítimas:

---

<sup>112</sup> Véase en la página 403 y ss. «La doctrina de los propios actos y el *propio acto* de la asunción voluntaria de un riesgo.

<sup>113</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 141.

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

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

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

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

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

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

Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Una vez establecidas las posibles conductas constitutivas de intromisión ilegítima y, por tanto, generadoras de responsabilidad, el legislador prevé una serie de supuestos en los que el injusto –que supone la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen– encuentra una justificación. Concretamente se contemplan en los arts. 2.2 y

8.2 y 1, pudiendo afirmarse, en principio, su aplicación respecto de los tres derechos objetos de protección, a excepción del apartado 2 del artículo 8 relativo exclusivamente a la propia imagen<sup>114</sup>.

El art. 2.2 dispone que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».

Por su parte, el art. 8 establece: «Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

---

<sup>114</sup> Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 148.

## 4.2. La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)

El objeto de esta ley, tal y como se establece en su artículo 1, es la garantía y protección en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, de las libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente su honor, intimidad personal y familiar. Su contenido deriva de una relación directa del tratamiento informático con el derecho a la intimidad, o expresado a la inversa, el tratamiento de datos se constituye en un potencial medio para lesionar el derecho a la intimidad. De esta forma, como constata el art. 18.4 CE, es necesaria una regulación que garantice los derechos constitucionales reconocidos<sup>115</sup>.

El art. 2.1 de la LOPD establece que «la ley será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior por los sectores público y privado». Es la susceptibilidad de su tratamiento lo que determina la incardinación de una información de carácter personal en el ámbito de cobertura normativa. Por tanto, los datos podrán ser objeto de tratamiento siempre que se «encuentren organizados en atención a alguna plantilla o esquema fijo, que permita su inclusión en un fichero mediante sistemas, ya sean automatizados o manuales». El responsable del fichero y quienes intervengan en el tratamiento de los datos de carácter personal, están obligados al secreto profesional y al deber de guardarlo, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el fichero. Este deber genérico se particulariza en el supuesto de las cesiones de datos, en la concreta obligación de comunicar lo estrictamente relacionado con las funciones legítimas

---

<sup>115</sup> Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 197.

del cedente y del cesionario. Un papel fundamental juega el consentimiento del afectado, pues el artículo 6 establece –como principio– que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». Obligación que matiza el apartado 2 del mismo artículo 6 cuando establece que «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias». Si es razonable que los poderes públicos disfruten para el ejercicio de sus competencias y funciones propias de la información oportuna, no lo es tanto la ausencia de límites y controles a dicha autorización, máxime si se considera la especial amenaza que representa el poder informático, que podría llevar a un uso arbitrario y desviado de la información personal de los ciudadanos, y que permitiría convertir al Estado en un *superpoder* controlador de toda la actividad pública y privada de los administrados. Por tanto, cualquier solución que se ofrezca a este respecto debe mediar entre los necesarios medios o instrumentos al servicio de las Administraciones para el ejercicio de sus potestades, y los legítimos derechos de los ciudadanos que la CE proclama y reconoce<sup>116</sup>. Es por ello que – como ordena– la LOPD, toda la información que las Administraciones recaban y registran debe ser precisa para el ejercicio de sus competencias y potestades en el marco de sus atribuciones legales, al tiempo que únicamente se encontrará justificada como limitación al derecho a la libertad informática cuando sea adecuada y pertinente a las finalidades o destinos previstos por la legislación<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Ob. Cit., Pág. 177.

<sup>117</sup> Así ocurre en distintos sectores de la actuación pública. En la actividad de inspección de tributos la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria (LGT), recoge en su articulado diferentes preceptos que introducen en dicha materia los principios generales a que se sujeta la actuación administrativa, de manera que el derecho a la obtención y tratamiento de información personal por la Administración con fines tributarios no queda al arbitrio de la decisión pública. Las personas físicas o jurídicas –dice el art. 93.1º de la LGT– (...) estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes, y justificantes con trascendencia tributaria, relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o

El artículo 11.1 de la LOPD efectúa una suerte de particularización del deber de secreto. La especialidad reside en que la comunicación de datos al tercero se legitima cuando se vincula directamente al cumplimiento de los fines para los cuales el afectado prestó su consentimiento<sup>118</sup>.

En cuanto a la posibilidad de comunicación de datos entre las Administraciones públicas, el art. 21.1 estableció que «los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando tenga por objeto el tratamiento posterior de los

---

financieras con otras personas. El art. 94 hace una lista de las autoridades públicas sometidas al deber de informar y colaborar y en su apartado 5 dispone que «...La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto (...) no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley orgánica 15/1999 (LOPD)». El artículo 95 de la LGT se refiere a la cesión de datos de carácter personal a la Administración tributaria, estableciendo el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria».

<sup>118</sup> El art. 11 dispone «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. 2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley; b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público, c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique; d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas; e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos y científicos, f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica. 3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilita al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar. 4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable. 5. Aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley. 6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores».

datos con fines históricos, estadísticos o científicos». Se impone aquí mencionar que aquella parte del inciso que refería “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso” fue declarado contrario a la Constitución y nulo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, 30 de noviembre, que estimó que en este aspecto la LOPD no ha fijado por sí misma, como impone la Constitución (art. 53.1 CE), los límites del derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos que motivaron originariamente su recogida, y a los que alcanza únicamente el consentimiento inicialmente prestado por el afectado, sino que se ha limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar<sup>119</sup>.

El inciso 4 del mismo artículo 21 establece que «en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley».

El artículo 4.1 dispone que «los datos de carácter personal se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido» y que «no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos y científicos» (art. 4.2).

El Título III de la LOPD reconoce los derechos de los titulares de los datos. Sintéticamente son:

---

<sup>119</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14.

**1) Derecho a no soportar valoraciones automáticas.** El artículo 13 de la LOPD consagra el derecho a que las decisiones con efectos jurídicos sobre las personas o que les afecten de manera significativa, no sean tomadas sobre la base únicamente del perfil obtenido tras su tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad. El apartado 2 del artículo 13, tras reconocer el derecho, asienta que «el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad».

**2) Derecho de consulta al Registro General de Protección de Datos.** Consagrado en el artículo 14 de la LOPD, este derecho implica la consulta pública y gratuita para cualquier interesado del registro en el cual se inscriben las características esenciales del tratamiento [*i.e* identidad del responsable, lugar de ejecución, finalidad, cesiones, etc.].

**3) Derecho de acceso.** El artículo 15 establece que «el interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos». El desarrollo del contenido de este artículo se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1332/1994 y las instrucciones 1/1998 de la Agencia de Protección de Datos, de 19 de enero, en éstas últimas se prescriben las reglas del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los ficheros automatizados.

Resumiendo el contenido de ambos textos normativos, podemos decir<sup>120</sup>:

---

<sup>120</sup> Tomamos aquí el resumen de características elaborado por Lucrecio Rebollo Delgado, en *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Págs. 200-202.



i) Se trata de un derecho personalísimo: tan sólo el interesado o su representante legal pueden ejercerlo.

ii) Se materializará mediante solicitud o petición dirigida al responsable del fichero, formulada por cualquier medio que garantice la identificación del afectado y el fichero o ficheros a consultar.

iii) El responsable del tratamiento deberá resolver la solicitud en el transcurso de un mes. La denegación del derecho de acceso tan sólo podrá suscitarse en el caso de que no haya transcurrido el plazo de doce meses desde la última vez que se solicitó y no se acredite la concurrencia de un interés legítimo que exima de este requisito temporal. El responsable podrá solicitar asimismo una aclaración del interesado en el supuesto de que su petición no resulte suficientemente precisa. Una vez autorizado el ejercicio del derecho, el acceso deberá hacerse efectivo en los diez días siguientes a que el responsable asienta.

iv) El derecho de acceso se materializará, a elección del interesado, a través de los siguientes sistemas de consulta de fichero: 1) visualización en pantalla; 2) escrito, copia o fotocopia remitida por correo o telecopia; y 3) cualquier otro procedimiento que sea adecuado a la configuración e implantación material del fichero, ofrecido por el responsable del mismo.

v) Determinados tratamientos de titularidad pública (en los que exista un interés en mantener el secreto su contenido o por razones de interés y orden público) permanecerán ajenos a este genérico derecho de acceso.

**4) Derecho de rectificación y cancelación.** El derecho de rectificación implica que el interesado puede exigir que se modifiquen las informaciones personales erróneas o incompletas. El derecho de cancelación posibilita la exclusión de determinados datos del proceso de tratamiento, ya por ser erróneos o por mera voluntad del interesado de sustraer

a éste concretas informaciones. La cancelación puede referirse a aspectos parciales o a la totalidad de los datos, lo que supone en suma que al interesado le asiste el derecho a romper unilateralmente la relación jurídica establecida con el responsable del tratamiento, siempre y cuando «exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos» (art. 6.3)<sup>121</sup>. En aquellos supuestos en el que el tratamiento dimanase de una autorización legal o de una relación contractual principal que haya de resolverse antes de proceder a la cancelación, podrá oponerse el responsable al ejercicio de este derecho. En cuanto al procedimiento para su ejercicio y atención, también vienen desarrollados en el Real decreto 1332/1994 y la Instrucción 1/1998. Ejercitado el derecho, el responsable tiene un plazo de 10 días para materializar la pretensión del interesado.

**5) Derecho de oposición.** Dos preceptos de la Ley acogen este derecho. El artículo 5.4 establece que «en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos

---

<sup>121</sup> Cabe también mencionar, en cuanto a este derecho de cancelación, que hoy en día se habla de un auténtico **«derecho al olvido»** que garantice el equilibrio entre la naturaleza abierta de internet y el derecho a la privacidad. En referencia a las más actuales resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), su director, afirma que «hoy el derecho al olvido comienza a adquirir singular relevancia, principalmente en el ámbito de las aplicaciones de uso masivo en la Red, ante su capacidad para dotar a nuestra información personal de una difusión y exposición global y universal - como son las redes sociales, los buscadores o las plataformas de vídeo- y en la era del denominado 'periodismo ciudadano. Los ciudadanos se preguntan: ¿tengo que soportar estar expuesto en Internet? La respuesta es No. Tal y como se ha expresado, en los últimos tiempos la AEPD ha venido materializando y conformando este llamado 'derecho al olvido' mediante la aplicación de los instrumentos de defensa y tutela de los derechos de los ciudadanos que el legislador les ha atribuido. Relata también que se constata en los últimos tiempos «cómo los ciudadanos toman conciencia de su privacidad y de cómo hacer valer sus derechos, incluso en el aparentemente incontrolable mundo virtual. De este modo se observa que un número creciente de ciudadanos han reaccionado reclamando su 'derecho al olvido en Internet', invocando a los instrumentos de defensa jurídica de los que disponen ante la AEPD, como autoridad garante del derecho a la protección de datos, mediante la solicitud de tutela de sus **derechos de oposición y cancelación** respecto a informaciones publicadas en Internet. Como se pone de manifiesto en la última memoria de esta institución, en los últimos tiempos se observa un notable incremento en las reclamaciones atendidas relativas a la publicación y difusión de datos personales en páginas de Internet, redes sociales, foros y portales de vídeo» (Cfr. Rallo Lombarte, Artemi, *El derecho al olvido y su protección*, Cuadernos de Comunicación e Innovación, N° 85, 2010, Pág. 104-108)

fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado». El artículo 30.4, referido a los tratamientos de datos con fines de prospección comercial y publicitaria prescribe que «los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos al tratamiento de los datos que le conciernen, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud». Si bien el legislador no ha definido específicamente el derecho de oposición, podemos entender a éste como posibilidad del interesado de impedir el tratamiento de sus datos de carácter personal, cuando no sea necesario su consentimiento si se cumplen los siguientes requisitos: i) que una ley no disponga lo contrario; y ii) que existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.

**6) Derecho a indemnización.** Los interesados que sufran daños como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley, por el responsable o encargado del tratamiento, tienen derecho a ser indemnizados (art. 19). Este precepto acoge la responsabilidad extracontractual o aquilina del artículo 1902 del CC, ya que en aquellos supuestos en los que exista una previa relación jurídica entre el interesado y el responsable encargado, la obligación de indemnizar dimanará del propio contrato, en cuanto se hayan incumplido las obligaciones en él estipuladas.



## **5. Los estándares jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.**

### **5.1. Necesidad e importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

En las líneas que siguen expondremos las razones por las que decidimos dedicar gran parte de este primer capítulo a los parámetros de análisis o categorías jurídicas empleadas por el Tribunal Constitucional a la hora de evaluar la legitimidad/ilegitimidad de injerencias en el derecho a la intimidad. Para ello necesitamos justificar dos extremos: el recurso a una concreta fuente de derecho: la jurisprudencia; y a un órgano: el Tribunal Constitucional. Como dijimos, la legislación no establece qué debe entenderse por honor, intimidad y propia imagen<sup>122</sup> por lo cual la figura del juez constitucional, en su función de interpretar y aplicar la norma en estos casos adquiere un papel suplente y preponderante. El Preámbulo de la LO 1/1982 hace expresa mención a esta situación cuando afirma que los criterios estipulados por el art. 2.1 [«usos sociales» y «propios actos»] permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas. Al ejercer su labor de «intérprete» el juez remediará la carencia legislativa al precisar prudentemente, atendiendo a las características del caso, cuáles son los ámbitos conceptuales y de protección jurídica de los derechos del art. 18.1 CE. Tratándose de una materia de esas que se resisten a la técnica jurídica por su íntima conexión con valores, creencias, conceptos metajurídicos, su intervención es insoslayable para llenar las abstracciones legales tales como «vida privada», «reputación», «buen nombre», «desmerecer», «usos sociales» –etc.–<sup>123</sup>. Es de esperar, entonces, que en lo que respecta a la

---

<sup>122</sup> Dijimos que los criterios del art. 2.1 de la ley orgánica permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas. Véase en la página 78.

<sup>123</sup> Bustos Peuche, José Enrique, *Los límites de expresión e información según la jurisprudencia*, en García San Miguel, Luis, Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Pág. 103. En el mismo sentido, Mercedes Galán Juárez, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 44.

protección de la intimidad, honor y propia imagen, siempre termine por imponerse lo subjetivo y desigual<sup>124</sup>. Si alguna doctrina ha criticado la indeterminación de la Ley Orgánica 1/1982 por su referencia a los «usos sociales» y «propios actos», se coincide con aquél otro sector que califica esta opinión de desproporcionada. En lo que respecta a la intimidad, honor y propia imagen toda apelación al objetivismo es improcedente por la propia naturaleza esencialmente subjetiva de los derechos en juego. Insistimos: **no existe un «derecho a la intimidad» sino un «derecho a poseer una intimidad elegida»**<sup>125</sup>; una zona de reserva que cada uno escoge como propia, merced a la cual poseemos la facultad de decidir qué pueden los otros saber sobre nosotros mismos y, consecuentemente, guardarnos el poder de controlar el manejo que hacen de esa información. En su presentación más evolucionada, la intimidad no es sino una facultad de control que, en la mayoría de las ocasiones, terminará por practicarse respecto de datos no íntimos, sino privados. Así lo expusimos cuando presentamos a la intimidad como el derecho a ser desconocido<sup>126</sup>.

En cuanto se entra en el terreno de los derechos de la personalidad, el papel de la ley se traduce en poco más que una acogida de principios. Si la ley no puede abdicar de su

---

<sup>124</sup> Lo subjetivo viene impuesto, precisamente, por la delimitación que de los derechos ha de hacerse atendiendo a los «usos sociales» y a los «propios actos» de cada individuo. Por otro lado, en lo que respecta a la desigualdad, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, y la ley proporciona base suficiente para otorgar un trato distinto ante desiguales conductas de los interesados, generando así una desigualdad que no está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y es por ello totalmente acorde a los principios constitucionales (*Vid.* Herrero Tejedor, Fernando, Honor, *Intimidad y propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 165).

<sup>125</sup> «...el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (...) frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. **No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla**, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5).

<sup>126</sup> Véase en la página 57.

abstracción, la persona no puede abstraer su dignidad y su figura, y, sobre todo, no puede ser reconducida a un determinado supuesto de hecho legal por muy amplio que fuera<sup>127</sup>. En este contexto, donde nos encontramos con el derecho a poseer una intimidad elegida, el papel desempeñado por los jueces, intérpretes de la elección de cada individuo en cuanto a la protección que quieren para sí, merece calificarse de «preponderante». El resultado de este particular poder interpretativo que el ordenamiento jurídico le confiere será la jurisprudencia.

De entre las decisiones de todos los tribunales, son las sentencias del Tribunal Constitucional las que nos interesan pues, por un lado, su competencia básica es garantizar la primacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico y, por otro, entre sus competencias adicionales está la de dar protección de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo<sup>128</sup>. En su función de garantizar la primacía de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su «intérprete supremo» (art. 1.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y «órgano jurisdiccional superior» en materia de «garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Interpreta el contenido de los derechos fundamentales en nombre de la autoridad de la Constitución (como estipula la fórmula de estilo utilizada en los fallos de

---

<sup>127</sup> Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 162. En ningún supuesto se puede obviar la labor de interpretación, con ayuda de un principio, de la norma abierta de la Ley Orgánica 1/1982. Ahora bien, entre las consecuencias positivas que puede tener esta «apertura», la más inmediata es que ofrece suficiente flexibilidad como para brindar una protección del más alto rango frente a ataques que puedan surgir por nuevos avances de la técnica y así se pueda aplicar a situaciones diversas y momentos históricos diferentes (Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit. Pág. 37).

<sup>128</sup> Por esto es que se afirma que una de las características del modelo español de Tribunal Constitucional es su «amplitud de competencias», que no se limita al control constitucional de las leyes, sino que incluye también la defensa de los derechos fundamentales y la resolución de conflictos que enfrentan a diversos órganos constitucionales y entes territoriales.

sus sentencias), en última instancia y con efectos vinculantes para todos los poderes públicos, incluso para el Legislador<sup>129</sup>.

Asimismo, **la jurisprudencia constitucional crea derecho**. Estos es un dato reflejado en la regulación orgánica del Tribunal Constitucional, en sus propias sentencias y reconocido por voces de constitucionalistas como Rubio Llorente y Pérez Royo, y muchos otros autores que han puesto de relieve el **carácter de fuente de las sentencias del supremo interprete de la Constitución**<sup>130</sup>. Sin necesidad de acudir al argumento de autoridad, basta con leer detenidamente el artículo 164 de la Constitución, cuando ordena la publicación de las sentencias del Tribunal en el «Boletín Oficial del Estado», para captar la asimilación de tales sentencias al resto de las normas, de las que se predica, en el artículo 9.3 del texto constitucional, un principio de publicidad. Con respecto a las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, el carácter normativo parece incontrovertible, ateniéndonos a la terminación del art. 164.1, que establece que éstas «tienen plenos efectos frente a todos».

Justificamos así la importancia que se adjudica en este trabajo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Será a través de sus sentencias –se insiste, fuente de derecho– que vamos a señalar los criterios que mantiene en defensa y protección de la intimidad de las

---

<sup>129</sup> Por lo que respecta a los órganos de la jurisdicción ordinaria, esta vinculación está expresamente regulada en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en tanto que establece: «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica».

<sup>130</sup> Rivero Ortega, Ricardo, *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente de derecho*, Revista de Administración Pública, Núm. 157, enero-abril 2002, Pág. 102. Se cita: Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como fuente creadora de derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 22, 1988, Págs. 32 y ss.; Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.



personas públicas. Ellas nos servirán para identificar los requisitos exigidos por este Supremo Intérprete de la Constitución para reputar una intrusión como legítima.

## 5.2. De una concepción material hacia una concepción subjetiva del derecho a la intimidad

Para analizar la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional Español en su protección del derecho a la intimidad tomamos dos parámetros que responden a los distintos enfoques que de aquel derecho se presentaron en el primer apartado de este capítulo<sup>131</sup>: se evaluará el camino que ha transitado partiendo de una concepción material, centrada en definir las materias y lugares propios de la intimidad [la intimidad se presenta como el derecho a no ser molestado], hasta llegar a una concepción subjetiva, que toma como principal intérprete de la extensión de los derechos a sus titulares [la intimidad como derecho a ser desconocido]. Advertiremos que en esta evolución se ha decantado por

---

<sup>131</sup> Esta línea de análisis es la que también sigue Manuel Medina Guereo (*La Protección Constitucional de la Intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit.). Otro sector de la doctrina ha coincidido en analizar la evolución jurisprudencial de los derechos del art. 18.1, en conflicto con las libertades del artículo 20.1 de la Constitución, atendiendo a tres fases: i) fase del régimen de exclusión; ii) fase de la «necesaria ponderación»; y iii) fase del régimen de concurrencia normativa. A saber: **i) Fase del régimen de exclusión.** En un primer momento la solución pasaba por un régimen de exclusión: si se vulnera el honor, la libertad de expresión no puede entrar en juego, queda excluida por la propia ofensa al honor. En esta fase se puede hablar de una prevalencia del art. 18.1 sobre el 20.1. Se trata de un momento en que la promulgación del texto constitucional apenas se hacía sentir. Los Tribunales seguían aplicando, como por inercia, las mismas técnicas anteriores a su vigencia, provenientes sobre todo del campo penal. En él, y en el período preconstitucional, la existencia de un delito contra el honor, hacía caer el peso de la ley contra el infractor, casi sin excepciones. **ii) Fase de la «necesaria ponderación».** Es la importante sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986 la que inicia decididamente el giro jurisprudencial. Y lo hace deshaciendo el equívoco gramatical anterior, para afirmar que las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales, sino que sustentan una institución política fundamental, cual es la opinión pública libre. Tras afirmar la «valoración trascendente» de las libertades del artículo 20 de la Constitución, la resolución da un paso más, rompiendo para siempre con el anterior «régimen de exclusión». En efecto, hablando de la exigente del obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8.11 del Código Penal), afirma sin paliativos que para su presencia es necesario haber vulnerado otro bien jurídico, en este caso el honor. La libertad de expresión y el honor confluyen, pues, en el caso, y su resolución pasa por una necesaria y casuística ponderación de los bienes en pugna. **iii) Fase del régimen de concurrencia normativa.** La Sentencia 159/1986, tan sólo cinco meses después de la 104/86, da otro paso al frente. En ella queda clara la «posición preferencial» de las libertades del art. 20.1 de la Constitución y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información no quede desnaturalizado (Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, Intimidad y propia imagen*, Ob. Cit. Págs. 101-114).

abandonar posibles caminos de concreción del derecho a la intimidad personal y familiar mediante el recurso a la construcción casuística. Este intérprete privilegiado de los derechos fundamentales ha dejado espacio inhibiéndose a favor de un primer intérprete: el titular del derecho, a quien reconoce la facultad de trazar un círculo en torno a lo que quiere mantener en reserva y separar aquello que elige dar a conocer.

### 5.2.1. La concepción material de la intimidad en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tendido durante largo tiempo a realizar una aproximación esencialmente material al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la intimidad. La asunción de esta concepción presupone aceptar que es posible seleccionar un grupo de asuntos que por su contenido podrían identificarse con lo íntimo y que, por ende, integrarían su ámbito de cobertura. En opinión de Medina Guerrero<sup>132</sup> la resolución que muy probablemente refleja con mayor claridad la comprensión material de la intimidad es la STC 114/1984. En el caso se analizó una posible violación al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Al resolver la cuestión se delimitó el ámbito conceptual de ambos derechos y se dijo: «el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible deber de reserva que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así

---

<sup>132</sup> Guerrero, Manuel Medina, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Págs. 23-24.

del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma Fundamental)». Desde esta **perspectiva material** del derecho, el Tribunal Constitucional también tuvo ocasión de afirmar, por ejemplo, que **–en principio– no integran la esfera privada de la persona: i)** los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad<sup>133</sup>; y **ii)** los datos referentes a la participación de los ciudadanos en la vida política (actividad que por su propia naturaleza se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática)<sup>134</sup>. Por el contrario, entendió que **–también en principio– sí integran ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás»: i)** el consumo de drogas<sup>135</sup>; **ii)** el testimonio completo de las sentencias de separación de un matrimonio, en tanto no sólo incluye las cláusulas meramente económicas y, en consecuencia, con trascendencia tributaria, como las puramente personales sin relevancia fiscal<sup>136</sup>; **iii)** el dato relativo al ejercicio de la prostitución<sup>137</sup>; **iv)** el cacheo integral

---

<sup>133</sup> SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7; y 180/1987, de 12 de noviembre, FJ 4.

<sup>134</sup> STC 99/2004, de 25 de mayo, FJ 2. Se afirma: «En lo que se refiere a los derechos al honor, a la intimidad, personal y familiar y a la propia imagen, así como a la libertad ideológica, todos ellos vulnerados según estima la parte por los informes personales realizados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en relación con candidatos, promotores y terceras personas, así como por haber utilizado sin cobertura legal o judicial alguna archivos protegidos por las normas reguladoras de la protección de datos, vuelve el órgano sentenciador a recordar que fue una alegación ya hecha en el recurso de amparo contra las Sentencias de la propia Sala de 3 de mayo de 2003, y respondida en consecuencia por el Tribunal Constitucional, que argumentó que la finalidad del art. 18.4 CE, que es garantizar el poder de disposición de los datos propios, no puede pretenderse respecto del único dato relevante en el caso (la vinculación política de los candidatos a un proceso electoral) que es y debe ser en una sociedad democrática un dato público; conclusión por lo demás avalada –según la Sala del Tribunal Supremo– por el contenido del art. 11.2 d) de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, que exige del consentimiento del interesado en los datos cuando la comunicación tenga por destinatario a los Fiscales, Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, como era el presente caso».

<sup>135</sup> STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5, que se ocupa de un amparo presentado por una trabajadora de Iberia despedida por falta de aptitud deducida en un reconocimiento médico de empresa donde se detectara, a través del análisis de orina, el consumo de drogas.

<sup>136</sup> Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 197/2003, de 16 de junio. Se afirma: «En suma, la única interpretación válida desde el punto de vista constitucional de las normas reglamentarias impugnadas, garante del derecho a la intimidad personal y familiar de los contribuyentes (art. 18.1 CE), pagadores de pensiones compensatorias o anualidades por alimentos por decisión judicial, es la de entender –como así lo ha hecho, de un lado, la Resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 15 de diciembre de 2000, y de otro lado, el Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, que la nueva redacción al art. 79 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero –que el “testimonio literal” al que hace referencia la normativa reglamentaria no sólo admite el “total” de la resolución judicial sino también el “parcial”, esto es, el relativo a

en el que se despoja de sus prendas íntimas a un recluso<sup>138</sup>; **v)** la agenda, documentos y demás papeles que una persona lleva consigo<sup>139</sup>; **vi)** la información relativa a los antecedentes penales de una persona<sup>140</sup>; **vii)** ciertos datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones<sup>141</sup>; **viii)** entre los cónyuges, cuanto se vincule a sus propias actividades económicas, fuera de las obligaciones socorro mutuo y gastos comunes impuestas por el régimen económico de separación de bienes en sistema jurídico del matrimonio<sup>142</sup>; **ix)** la conducta sexual<sup>143</sup>; **x)** la

---

las cláusulas económicas que justifican el abono de la pensión o anualidad citadas. Admitir lo contrario sería tanto como permitir una invasión o injerencia en el derecho a la intimidad por la facilitación de unos datos personales y familiares que son absolutamente ajenos al deber de contribuir en sí mismos e indiferentes al deber de contribuir mediante un «sistema tributario justo». Si, como hemos dicho, conforme a la previsión constitucional del art. 31.1 CE el sistema tributario debe ser “justo”, **no podría calificarse de justo un sistema tributario que hiciese recaer sobre los contribuyentes la alternativa de sacrificar, de forma irrazonable y desproporcionada, su intimidad personal y familiar en orden a alcanzar un mayor ajuste de su tributación a su verdadera capacidad económica»** (FJ 4).

<sup>137</sup> STC 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5.

<sup>138</sup> STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6. Se afirma: «De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 15 de mayo de 1990, caso MacFeel y otros) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada. Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental».

<sup>139</sup> STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6.

<sup>140</sup> STC 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5, que cita STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

<sup>141</sup> STC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 5.

<sup>142</sup> STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8, que cita STC 45/1989, FJ 9.

<sup>143</sup> STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5.

condición sexual<sup>144</sup>; **xi**) la divulgación de una enfermedad<sup>145</sup>; y **xii**) la identificación del origen de un niño adoptado<sup>146</sup>, entre otras materias.

Por nuestra parte, como ejemplos de este «enfoque material» elegimos dos sentencias referidas a la salud y la vida sexual, respetivamente. La primera de ellas, la STC 292/1999, de 8 de noviembre (FJ 2), formula una síntesis de los pronunciamientos anteriores y señala:

«el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE se reconoce (...); alcanza tanto la intimidad persona ‘estricto sensu’, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal y la vida sexual, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera del desenvolvimiento del individuo».

La STC 70/2009, de 23 de marzo (FJ 2), llamativamente reciente, sostuvo que:

«El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ. 5). Dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia). A esta afirmación se añade la monición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter

---

<sup>144</sup> 77/2009, de 23 de marzo de 2009, FJ 4

<sup>145</sup> STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 2.

<sup>146</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2.

confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención, la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997 y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006). La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, F. 2; y 62/2008, de 26 de mayo, F. 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma».

### 5.2.2. La concepción subjetiva de la intimidad en el Tribunal Constitucional

Paulatinamente se ha ido abriendo paso e imponiendo su importancia en la doctrina del Tribunal Constitución una concepción del derecho a la intimidad que deja de poner su acento en el contenido de la información para alcanzar un horizonte tan amplio que llega a incluir la **facultad de permanecer en el anonimato**. El hito que marca esta etapa de la evolución se encuentra, sin lugar a dudas, en la **STC 134/1999** de 15 de julio que aporta la valiosa idea de que lo que el art. 18.1 CE garantiza es el **«derecho a poseer una intimidad»**, locución a la que en este trabajo agregamos el adjetivo de **«elegida» para hacer nuestra propia presentación del derecho**. Desde una concepción subjetiva

del derecho a la intimidad merece el calificativo de *íntimo* cualesquier dato, por insignificante que sea, que su titular quiera mantener en reserva<sup>147</sup>.

Esta nueva perspectiva conduce a identificar el derecho a la intimidad con un derecho a ser desconocido. El camino de la *materialidad* a la *subjetividad* se concretó en una última etapa del Tribunal que reúne una serie de resoluciones, la referida STC134/1999, de 15 de julio<sup>148</sup>; y las posteriores SSTC 187/1999, de 25 de octubre<sup>149</sup>; y, 115/ 2000<sup>150</sup>, de 5 de

---

<sup>147</sup> Desde este enfoque tiene una importancia esencial el **contenido positivo del derecho a la intimidad**, como el disponer de un poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público.

<sup>148</sup> En la **STC 134/1999, de 15 de julio (Caso Sara Montiel II)**, el litigio se produce con motivo de dos informaciones periodísticas publicadas en la revista «Pronto», en las que se transcribe una extensa entrevista concedida por la supuesta madre biológica de José Zeus T. A. (hijo adoptivo de Sara M.) quien relata su desdichada biografía, su embarazo de José Zeus T. A., las condiciones en las que se realizó la entrega del menor y las referencias a una trama de compraventa de menores, acompañándose ambas informaciones con fotografías de la madre biológica entrevistada, de Sara M., del propio menor, de la familia T.-A., así como copias de las hojas de un libro de familia en los que aparecen los nombres de los menores y de sus padres adoptivos. El matrimonio T.-A., en representación de sus hijos adoptivos, incoan un juicio de protección del derecho al honor y a la intimidad conforme a lo establecido por la LO 1/1982, de 5 de mayo, demanda que es estimada por el Juez de Primera Instancia quien condena a la editora de la revista «Pronto». La editora recurre en apelación y la Audiencia revoca la sentencia de instancia, aunque el matrimonio T.-A. interpone recurso de casación a cuyo término el TS confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y condena a los editores. Éstos recurren en amparo alegando, como motivo principal, la violación al derecho a comunicar libremente información, reconocido en el artículo 20.1 CE arguyendo que la información era veraz y que estaba dotada de interés general y de relevancia pública siendo, por tanto, merecedora, de protección constitucional.

<sup>149</sup> La **STC 187/1999, de 25 de octubre (Caso Máquina de la Verdad)**, se adentra en el examen de un auto dictado por un Juez de Instrucción (confirmado en reforma y en apelación por la Audiencia Provincial) por el que prohíbe la emisión del programa de televisión la «Máquina de la Verdad». La medida cautelar, dictada al amparo del artículo 3.2 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, se inscribe en el curso de un procedimiento penal que tiene su origen en una denuncia por un delito de injurias y calumnias interpuesta por Ana O. y Alessandro L., contra la señora Cristina V. quien, justamente, era la persona entrevistada en el programa cuya difusión había sido prohibida. El Juez de instancia fundó su decisión estimando que las declaraciones de la señora Cristina V., al reiterar en la entrevista los mismos datos y hechos por los que había sido denunciada, eran susceptibles de conculcar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de modo irreparable, así como de interferir el curso de las investigaciones. Aunque el TC se embarca en una laboriosa digresión por la que rebate que la medida judicialmente acordada fuese equiparable a una suerte de censura previa prohibida por la Constitución [algo que habían sostenido los recurrentes en amparo (Cristina V. y la cadena de televisión que debía emitir el programa)], en todo el razonamiento por el que se supervisa la restricción a los derechos de libertad de expresión y de comunicación practicada por el Juez de Instrucción, gravita la necesidad de impedir que, con las declaraciones arrojadas en el programa de televisión, quedasen irremediadamente vulnerados derechos de la personalidad. Al proceder estas declaraciones de quien había sido contratada como niñera o institutriz del hijo menor de Ana O. y de Alessandro L. y que había sido testigo de determinadas facetas de la intimidad de la pareja y del comportamiento del padre con su hijo, el TC estima que el peligro advertido por el Juez de Instrucción se encontraba fundamentado y que la medida era proporcional con la finalidad de protección perseguida (Véase en especial, el FJ 13 de la sentencia).

mayo. En todas ellas se apela a un **concepto tendencialmente formal** del derecho cuyo ámbito viene determinado por el propio sujeto titular del derecho<sup>151</sup>.

Con precisión Héctor López Bofill analizó el primer paso que el Tribunal Constitucional dio hacia este concepto formal, que nosotros identificamos como «subjetivo», del derecho a la intimidad<sup>152</sup>. En su reseña explica que tanto en la Sentencia 134/1999 (Sara Montiel II), como en STC 115/2000 (Isabel Preysler) el Tribunal Constitucional constató la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1CE) provocada por los datos divulgados en los reportajes objeto del litigio. Por otro lado, en la STC 187/1999 (Máquina de la Verdad) el previsible e irreparable daño que sobre este derecho hubiese podido acarrear la emisión del programa de televisión resultó un factor decisivo en la ponderación de los derechos enfrentados, en la justificación de la prohibición de emisión y, por fin, en la declaración de su constitucionalidad. Hasta aquí nada fuera de lo común: el Tribunal Constitucional advirtió la lesión sufrida por el derecho a la intimidad personal y familiar (o del peligro de sufrirla) al difundirse determinadas informaciones (cuya veracidad, de hecho irrelevante, nunca se discute). Constatada la infracción, procedió, bien a corregir la valoración realizada por los tribunales ordinarios si ésta es incorrecta, bien a confirmar (como en la STC 134/1999) la restricción al derecho a

---

<sup>150</sup> Los antecedentes de la **STC 115/2000, de 5 de mayo (caso Isabel Preysler)** se remontan a un extenso reportaje publicado en la revista «Lecturas», bajo el título «La cara oculta de Isabel Preysler» en el que María Alejandra M. S., que había trabajado en el domicilio de Isabel P. cuidando a una de sus hijas, revela una multiplicidad de hechos concernientes a detalles de la vida desarrollada en el hogar familiar, así como informaciones acerca de supuestos defectos físicos de la misma Isabel P. y de los remedios ésta que adoptaba para disimularlos. La intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar es apreciada por el juez de primera instancia y por la Audiencia Provincial, aunque el Tribunal Supremo casó y anuló las anteriores sentencias, absolviendo a los demandados al entender que los hechos revelados no eran un atentado grave y perjudicial a la intimidad de la persona y que su publicación se encuadraba dentro del margen de protección ofrecido por el derecho a comunicar libremente información veraz. Frente a esta resolución la representación de Isabel Preysler interpone un recurso de amparo ante el TC que será estimado.

<sup>151</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Págs. 159-160.

<sup>152</sup> López Bofill, Héctor, *Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias*, Ob. Cit.



la libertad de información auspiciada desde el Tribunal Supremo. Pero lo particularmente interesante de las decisiones presentadas es, naturalmente, no que el Tribunal Constitucional haya reconocido el derecho a la intimidad personal y familiar, sino cómo lo hizo. Hasta el momento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se encontraba exenta de vacilaciones cuando se hallaba en la tesitura de precisar el contenido concreto y el alcance del derecho en cuestión. El camino hacia una determinación sustantiva del derecho a la intimidad estaba plagado de vaguedades, se señalaban ámbitos puntuales y fragmentarios de protección sin atreverse a perfilar nítidamente su objeto, siempre manejando intuiciones en torno a una zona –brumosa– inmediatamente circundante al individuo, en cuyo seno éste desarrolla relaciones familiares, de afecto, espacio de retiro en el que resaltan aspectos concernientes a la corporalidad, a la sexualidad, espacio a veces colindante con facetas que protegen otros derechos (integridad física y moral, libertad de conciencia). En cualquier caso, ese intento de aprehender, casi con guantes de amianto el contenido sustancial del derecho a la intimidad se encontraba atenazado por circularidad en la definición y por el relativismo y la flexibilidad del concepto en función del momento sociocultural en el que se inscribe. Desde la STC 134/1999 (Sara Montiel II) estas incertidumbres desaparecen. *¿Qué fórmula emplea el Tribunal Constitucional a estos efectos?* Apela a un concepto tendencialmente formal del derecho a la intimidad personal y familiar cuyo ámbito viene determinado por el propio sujeto titular del derecho. **Se abjura de todo intento de aproximación sustancial al contenido de la intimidad, la caracterización de ese «metafísico» espacio en el que el individuo se desarrolla queda completamente desgajado del razonamiento y se pasa a ensalzar puramente la versión subjetiva de la intimidad como autodeterminación informativa.** Es cada titular quien decide qué es lo que puede ser comunicado a otros. Como adelantamos, desde esta sentencia el Tribunal Constitucional abandona posibles caminos de concreción del

derecho a la intimidad personal y familiar y se inhibe a favor de un individuo que deviene el primer intérprete de la garantía constitucional: en él encuentra el derecho su naturaleza y en él queda trazado el círculo de lo que se da a conocer sin que particulares ni poderes públicos puedan oponerse, al menos hasta que no logren demostrar que la información reviste de un interés público. El primer plano ya no lo ocupa la materia (aquello que merece llamarse lo íntimo en virtud de su propio contenido), sino la voluntad de su titular de no dar a conocer una información. Bajo esta perspectiva –sentencia López Bofil– el derecho a la libertad de información cederá en cuanto el individuo al que se refieren los datos o los hechos noticiados considere que éstos recaen en su ámbito reservado y secreto, correspondiendo a los medios de comunicación la carga de probar que la información tiene un interés público o una relevancia comunitaria. El titular del derecho goza de una amplia discrecionalidad para decidir qué aspectos de su vida quedan, en principio, blindados de la intromisión ajena.

Esta concepción subjetiva fue objeto de **críticas** o de preocupación por parte de la doctrina al ver una **«hiperprotección del derecho a la intimidad»** que podría entenderse en términos absolutos. El derecho a estar solo, a no ser importunado, a ver respetado el perímetro que la propia libertad personal ha delimitado como espacio inaccesible, es una manifestación de la dignidad de la persona. **Pero la libertad de situar los contornos más allá de los cuales el acceso está impedido, no es una libertad absoluta.** Por esto debe discutirse en qué medida es relevante lo social. Bien pronto la doctrina se ocupó de marcar los merecidos matices. En coincidencia con la opinión de Mieres Mieres, Girmalt Servera entiende que el contenido del derecho a la intimidad [su materia] se desdobra en dos contenidos perfectamente compatibles: el contenido de los valores sociales y el contenido como decisión personal. Esto implica que, en primer lugar, cualquier información relativa a

una persona podría formar parte del derecho a la intimidad. En la medida en que el titular de esa información quiera mantenerla en el «espacio resguardado de la curiosidad ajena» lo podría hacer. Pero, no obstante, la intimidad no es un derecho ilimitado y en algunas ocasiones puede entrar en conflicto con otros intereses. Y es aquí donde **se ponen en juego los valores de la sociedad para determinar si una concreta información, que se pretende salvaguardar con el derecho a la intimidad, debe ceder frente a esos otros intereses**. Dicho en otras palabras, los valores sociales predominantes en un momento determinado pueden ser decisivos para resolver si esa concreta información debe seguir estando salvaguardada por el derecho a la intimidad o, si por el contrario, puede ser conocida por terceros al concurrir un interés superior a proteger<sup>153</sup>. Por su parte, Espinar Vicente destaca que «únicamente la mención a un autodiseño del marco de la intimidad, individualmente pergeñado a través de una conducta social determinada, nos aproximaría al contenido del derecho sin perfilarlo de un modo suficientemente concreto».

**En todo caso, merece destacarse un dato factual cuya comprobación, por obvia, omitimos: en la cultura actual hay una clara devaluación del derecho a la intimidad**. Ni la intimidad corporal, ni la vida sexual [marcamos estos dos ejemplos tan sólo porque nos parecen lo más evidentes] parecen materias reconocidas por toda la sociedad como pertenecientes a un ámbito estrictamente íntimo. **Quizás por ello debería darse paso –ahora más que nunca– a una idea de intimidad elegida por cada titular, por un lado, y por otro, no debería cederse nunca frente a aquellos reclamos de la colectividad de «levantamiento del velo» que no respondan a un verdadero y relevante interés público**. Lo que nunca puede perderse de vista es que la concepción subjetiva (acertada en nuestra opinión, con sus matices) puede ceder al colisionar con otros

---

<sup>153</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 33-34.

derechos fundamentales. Por esto, Medina Guerrero –con toda razón– apunta la conveniencia de señalar que **la asunción de la comprensión subjetiva del derecho a la intimidad, cuando ésta se desenvuelve en las relaciones con los medios de comunicación, no entraña la total desaparición o sustitución de la concepción material**<sup>154</sup>. Esta última sigue conservando alguna presencia cuando se trata de resolver colisiones entre el derecho a la intimidad y honor y las libertades de **información y opinión**. Así sucede –o puede suceder– en todos aquellos casos en que se produce una concurrencia de derechos fundamentales y, además del derecho a la intimidad, se considera afectado alguno de esos otros derechos cuyo bien protegido es, precisamente, la capacidad de autocontrol y autodeterminación sobre la información. También Carrillo pone de relieve la «dimensión intersubjetiva» del derecho, que impide que este pueda ser analizado al margen de la vida en relación de la persona, tomándolo exclusivamente como si de propiedad privada se tratase<sup>155</sup>.

Si lo que la norma constitucional impide son las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales, desde una adecuada interpretación de esta concepción subjetiva, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto: **i)** no sea acorde con la ley (lógicamente que la norma tenga

---

<sup>154</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 49. También se señala que la concepción material resulta decisiva para fijar la indemnización en los casos en que se aprecie una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, puesto que en su determinación habrá de valorarse la «gravedad de la lesión efectivamente producida» (art. 9.3 LO 1/1982).

<sup>155</sup> Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado*, Ob. Cit., Pág. 32: «...Una visión inspirada en la posición defendida por la dogmática *ius-privatista* más clásica, era aquella según la cual había de ser el titular y a la vez propietario del derecho, el único sujeto legitimado para su interpretación, como si de una propiedad se tratase, con absoluta abstracción del entorno social y de la posible incidencia de otros derechos también susceptibles de protección. Pero el marco de protección que el Estado social y democrático de Derecho ofrece a los derechos fundamentales en general, y a la intimidad y al derecho a la información, en particular, es distinto. En efecto, no hay duda que en la actualidad los derechos de la personalidad y, específicamente, el derecho a la intimidad tienen una **dimensión intersubjetiva**, que impide que puedan ser analizados al margen de la vida en relación de la persona y de la interpretación que de ésta se pueda hacer el titular del derecho».

justificación constitucional y sea proporcionada); **ii)** no sea eficazmente consentida; y **iii)** que aún cuando sea autorizada esa injerencia, se subviertan los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento [vgr. quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida]. Así, el Tribunal Constitucional ha entendido que no hay intromisión ilegítima en la esfera íntima si el afectado presta su consentimiento eficaz que la autorice pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva del conocimiento ajeno<sup>156</sup>. Según su acervo doctrinal «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los límites de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede pedir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida personal o familiar»<sup>157</sup>. No caben dudas pues de que en la jurisprudencia constitucional española más reciente las señas de identidad del derecho a la intimidad se asientan más en la libertad de

---

<sup>156</sup> STC 196/29004, de 15 de noviembre y 83/2002, de 22 de abril.

<sup>157</sup> La STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, cita las SSTC 73/1982; 110/1984; 170/1987; 231/1988; 20/1992; 143/1994; 151/1997; y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985 (TEDH 1985, 4); caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987 (TEDH 1987, 4); caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989, 16), caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993 (TEDH 1993,17); caso *Z*, de 25 de febrero de 1997 (TEDH 1997, 13).

disponibilidad sobre lo privado (con los matices expuestos) que en el contenido del ámbito de lo privado<sup>158</sup>.

### 5.3. Las categorías subjetivas: «persona pública»; «persona de proyección pública» y «persona privada»

El carácter privado o público de la persona comprometida en una información u opinión que se divulga constituye una circunstancia de importancia a la hora de resolver si ha habido una intrusión ilegítima en alguno de sus derechos subjetivos de la personalidad del art. 18.1 CE.

La admisión del *right of privacy* hacia 1890 supuso la discriminación entre personas de vida pública y vida privada<sup>159</sup> y, por cierto, desde entonces (en vistas a un concepto «hiperextendido» del derecho) se reconoció que el alcance de la protección de la intimidad, honor y propia imagen varía según se trate de una persona ajena a toda actividad pública, de un hombre político electo o candidato, o de una persona que reclama confianza o el favor del público en la escena, la pantalla, en el deporte y dondequiera que la notoriedad sea una necesidad profesional. Tan es así que podría decirse que **la distinción según la categoría de persona pública y persona privada es concomitante al derecho a la**

---

<sup>158</sup> Carrillo, Marc, *El derecho a no ser molestado*, Ob. Cit., Págs. 80-81. «La intimidad no es un derecho de objeto predeterminado e inmutable, sino que además de la genérica potestad de su titular para disponer de la vida privada, su contenido es la vez tributario de la libertad del titular de delimitar los contornos que han de servir para definirla. Es vicario de la autodeterminación personal para configurar un proyecto de vida. En este sentido se afirma: «...de acuerdo con la jurisprudencia constitucional más reciente (por todas, la STC 134/1999, caso ‘Sara Montiel II’) las señas de identidad del derecho a la intimidad se asientan más en la libertad de disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito privado».

<sup>159</sup> Se ha dicho en el opúsculo que «Peculiaridades del comportamiento y de la persona, que en el individuo corriente no merecerían ningún comentario, pueden adquirir importancia pública si se dan en un candidato a un cargo político. Es por tanto necesario establecer alguna otra distinción que no sea el clasificar los hechos o los documentos en públicos o privados según un parámetro que es aplicado al hecho o documento per se. Véase en la página 42.

**intimidad:** estas categorías aparecen y actúan conjuntamente con ese derecho en todo discurso argumentativo que verse sobre los alcances de su protección. No sorprende entonces que en la terminología que el Tribunal Constitucional Español utiliza (al menos desde el año 1988) para dar una solución jurídica al ejercicio conflictual de estos derechos se haga referencia a un catálogo compuesto por tres tipos de sujetos: **i)** el personaje público; **ii)** la persona de proyección pública (o persona de notoriedad pública); y, finalmente, **iii)** la persona privada, todos ellos titulares del derecho a la intimidad.

La utilización de estas distintas categorías fue tiempo antes empleada por los tribunales de EEUU y Alemania, en este último caso recurriendo a una figura de la KUG, Ley de derechos de autor [artículo 23.1 núm. 1]: la **personalidad «absoluta» de la historia contemporánea**, llamada a tolerar la publicidad de gran parte de su vida pues para ella el derecho a la protección de su intimidad e imagen termina, prácticamente, en la puerta de su domicilio [sus alcances los veremos al reseñar la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hannover v. Alemania]<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> Según el artículo 22, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor (Alemania), no se pueden difundir o exponer retratos al público sino con el consentimiento de la persona representada en ellos. El artículo 23.1 de la misma norma excluye de este principio los retratos que forman parte concretamente del ámbito de la historia contemporánea. Sin embargo, en virtud del artículo 23.2, este concepto no es aplicable en caso de una difusión que vulnere un interés legítimo de la persona representada. Los alcances de la protección de la intimidad en el caso de la «personalidad absoluta de la historia contemporánea» fue objeto de análisis por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso *Hannover v. Alemania*. Según interpreta Medina Guerrero en Alemania las personas involucradas en la vida política se consideran «**personajes de actualidad absolutos**», toda vez que el interés del público en que se informe sobre los mismos se ha considerado siempre legítimo desde el punto de vista de la transparencia y del control democrático (*BVerfGE* 101, 361, 391) (Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 146).

### 5.3.1. Las categorías subjetivas del derecho norteamericano

Antes de comenzar el estudio de las categorías jurídicas subjetivas utilizadas por el Tribunal Constitucional español, dedicaremos unas líneas a repasar la operatividad de este parámetro en el derecho norteamericano, de autoridad indiscutible si tenemos en cuenta que asegura para la prensa su labor de forjadora de la crítica. Como apuntamos, al igual que sucede en España<sup>161</sup>, en EEUU que es precisamente en los casos en que se evalúan las injerencias al honor, causadas generalmente por los medios masivos de comunicación, donde hallamos un mayor desarrollo jurisprudencial de las variables a tener en cuenta cuando lo que se quiere es «ponderar» la legitimidad/ilegitimidad de injerencias en los restantes derechos de la personalidad<sup>162</sup>. Nos detenemos aquí en una advertencia insoslayable: concederle un lugar de «autoridad» al sistema norteamericano, no implica pasar por alto la marcada diferencia de trato que en ese contexto cultural conceden a la protección de la intimidad de sus personas públicas. Si comparamos este aspecto de la realidad social y jurídica de Estados Unidos con la de España comprenderemos mejor a que nos referíamos cuando al iniciar este capítulo afirmamos que la intimidad es un derecho profundamente influido por circunstancias sociales, tributario de un espacio y tiempo concreto<sup>163</sup>. Bien sabemos que buena parte de las diferencias culturales residen, precisamente, en la codificación de lo privado.

---

<sup>161</sup> Véase en la página 71.

<sup>162</sup> Para el desarrollo de este punto vamos a tomar como **referencia (en lo que respecta a la selección de casos)** la obra de **Santiago Muñoz Machado**, *La libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1998, Págs. 108-112 y el artículo de **Ignacio Covarrubias Cuevas**, *Notas críticas a la figura del «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, Págs. 163-197 (el estudio se realiza de una perspectiva constitucional norteamericana y española).

<sup>163</sup> Ya tuvimos ocasión de decir a lo largo de todo este trabajo sostengamos, una y otra vez, que prácticamente no hay generalidad posible cuando se habla de intimidad y honor y que aún cuando habremos de Podremos entonces glosar y



Veamos algunos de estos hitos:

-Warren y Brandeis en *The Right to Privacy*<sup>164</sup>, abordaron el tema eximiendo de responsabilidad a quienes revelaren asuntos de «interés público o general», determinación que fue hecha teniendo a la vista la causal de *fair comment*, privilegio que describe el *common law* para discutir asuntos de interés público. Afirmaron: «el derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general. Para determinar el alcance de esta regla, podría ser de gran ayuda hacer la analogía con aquellos casos, contemplados en la ley de difamación y libelo, que tratan del reconocido derecho a hacer comentarios y críticas que versen sobre temas de interés público y general»<sup>165</sup>. Identificaron como «figura pública» a aquellas personas que ejercían funciones públicas o intentaban postular o acceder a ellas: «...peculiaridades del comportamiento y de la persona, que en el individuo corriente no merecerían ningún comentario, pueden adquirir importancia pública si se dan en un candidato a cargo público»<sup>166</sup>; «por regla general, los asuntos por los que una publicación podría ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen conexión legítima con su adecuación a cargo público o cuasi público, que busca o para el cual es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaban empleo público o cuasi público»<sup>167</sup>. En suma, entendieron que debía reputarse como información íntima la que involucraba a «figuras

---

comentar la jurisprudencia extranjera, no obstante, no es de esperar que, por ejemplo, la protección de la vida privada de un político reconocida en EEUU, sea o deba ser equivalente en España, ni mucho menos en Francia y ello es una evidencia usualmente puesta de relieve por los propios medios de comunicación (Véase en la página 31).

<sup>164</sup> Véase también en la página 43.

<sup>165</sup> Warren Samuel; Louis Brandeis, *El derecho a la intimidad*, Ob. Cit., Pág. 62-63.

<sup>166</sup> *Ibidem*, Pág. 63.

<sup>167</sup> *Ibidem*, Pág. 65.

públicas» pero que no tenía legítima relación con el cargo que ocupaban o aspiraban a ocupar. De ellas podría decirse si son modestos o retraídos, si tienen un defecto en el habla, no así de las personas privadas, en tanto estos datos hablan de su aptitud para el cargo<sup>168</sup>. Como veremos en las líneas que siguen, desde entonces el concepto de «figura pública» comenzó a padecer un proceso inflacionario, llegando a incluir dentro de ellas a personas que podrían tener proyección pública por las más disímiles razones: políticos, héroes de guerra, deportistas, comediantes, científicos famosos, niños prodigio, etc. A diferencia del Tribunal Constitucional español, la Corte Suprema norteamericana ha desarrollado más de una especie de «figura pública», dotando de contenidos diversos a la misma categoría. Repasamos los fallos más relevantes.

**-New York Times v. Sullivan (1964)**<sup>169</sup>: hace un reconocimiento constitucional a la crítica del funcionario público por el ejercicio de su función. Su novedad no fue sólo el haber elevado el nivel jerárquico del *fair comment*, sino el cambiar su contenido pues de él se valió para conceder protección incluso para quien publicara difamaciones falsas. Se prohibía a la víctima (funcionario público, *public officials*) obtener indemnización de daños por afirmaciones o críticas al desempeño de su función, a menos que se probare que fueron efectuadas con «real malicia», esto es, con conocimiento de la falsedad de la misma o con descuido temerario acerca de su existencia. El Tribunal Supremo arribó a esta conclusión en la convicción de que imponer sanciones a la crítica del gobierno o a los funcionarios públicos resultaba inconsistente con la primer enmienda que tiene por objeto asegurar «el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto», propósito para el cual el ataque «vehemente, punzante y a veces desagradablemente mordaz respecto de la conducta funcionaria y gubernamental» resultaba indispensable.

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, Pág. 63.

<sup>169</sup> *New York Times V. Sullivan*, 376. US. 254, 256-257 (1964).

La categoría de «figura pública» se identificó con «funcionario público», es decir con aquellas personas que ocupan puestos públicos en los gobiernos o administraciones públicas<sup>170</sup>.

- **Garrison v. Louisiana (1964)**<sup>171</sup>: Sostuvo la relevancia de la conducta privada de los funcionarios públicos, en tanto puede ser determinante para evaluar la aptitud para acceder al cargo. Se afirmó: «Se protege el superior interés público en el libre flujo de información hacia el pueblo relacionado con los funcionarios públicos, sus servidores. Con tal fin, cualquier cosa que pueda influir sobre la aptitud de un funcionario público para el cargo resulta relevante. Pocos atributos personales se relacionan tanto con la aptitud para el cargo como la deshonestidad, la malversación o la motivación impropia, aún cuando estas características puedan también afectar el carácter privado del funcionario». Este fallo constituye el primer precedente en que la Corte faculta a los medios para que publiquen sobre la conducta privada de los funcionarios públicos con la holgura sentada en el caso *New York Times*, aunque finalmente se prueba que los vicios denunciados de la «figura pública» no incidían en el desempeño de la función.

- **Rosenblatt v. Baer (1966)**<sup>172</sup>: La Corte Suprema denegó una indemnización bajo el argumento de que, conforme los parámetros sentados en 1964 –*New York Times* y *Garrison*–, un funcionario público criticado en su conducta funcionaria no podía ser compensado a menos que probara la real malicia por parte del autor del periódico. Con el fin de incentivar el debate sobre asuntos públicos y «sobre aquellos que se encuentran en una posición significativa para influir en la resolución de tales asuntos» estableció que cabía considerar como «funcionarios públicos» aquellos «empleados gubernamentales que tienen

---

<sup>170</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit., Pág. 108.

<sup>171</sup> *Garrison v. Louisiana*, 379 US, 74, 77 (1964).

<sup>172</sup> *Rosenblatt v. Baer*, 383 US, 75, 76 (1966).

o parecen tener para el público, responsabilidad principal o control sobre la conducta de los asuntos gubernamentales».

- **Time, Inc. V. Hill (1967)**<sup>173</sup>: Surge con este caso la categoría de «figura pública involuntaria». La Corte Suprema afirmó que la Primera Enmienda ya no estaba destinada a proteger únicamente «la expresión política o el comentario acerca de los asuntos públicos» y que «la exposición de nuestra persona ante los demás en diversos grados, resulta algo concomitante a la vida dentro de una comunidad civilizada». Se constitucionalizó entonces la noción amplia de «noticia» que ya se había instalado en el *common law*. La decisión estuvo influida por un fallo anterior del mismo tribunal que había sostenido que tanto la información como el entretenimiento eran manifestaciones protegidas por la libertad de prensa. Con ello se legitimó por un tiempo la justificación constitucional de la prensa para reportear la vida de persona privadas involucradas de modo involuntario en hechos noticiosos. Esta fue la segunda gran apertura hacia la protección de los media (la primera será *New York Times*)<sup>174</sup>.

- **Curtis Publishing Co. Butts (1967)**<sup>175</sup>: La «figura pública» queda condicionada por la concurrencia de asuntos de interés público. En opinión del Juez Warren «la diferenciación entre «figuras públicas» y «funcionarios públicos» no posee fundamento en el derecho, ni en la lógica, ni en los principios de la Primera Enmienda; «a pesar de que no están sujetas a las restricciones del proceso político, las figuras públicas, al igual que los funcionarios públicos juegan a menudo influyente rol en el orden social (...) tienen un acceso a los medios masivos de comunicación tan directo como los funcionarios públicos, tanto para influenciar las políticas como para criticar su actividad y opiniones ciudadanía tiene un legítimo y sustancial interés en la conducta de tales personas, y la libertad de

---

<sup>173</sup> *Time, Inc. V. Hill*, 385, US, 374, 378-379 (1967).

<sup>174</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit., Pág. 109.

<sup>175</sup> *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388, US, 130, 154 (1967).

prensa para tomar parte en un debate desinhibido acerca de su participación en asuntos y eventos públicos es tan crucial como lo es en el caso de los funcionarios públicos». En su voto sostuvo también que son figuras públicas aquellas que a pesar de no ocupar un cargo público «están íntimamente involucrados en la resolución de importantes cuestiones públicas, o con motivo de su fama moldean sucesos en áreas de interés para la sociedad». Se observó, además, que una persona podía alcanzar el estatus de «figura pública» por una resuelta actividad equivalente al lanzamiento de su personalidad en la «vorágine» de una controversia pública.

- **Rosembloom v. Metromedia, Inc. (1971)**<sup>176</sup>: Se destaca la prevalencia del «interés público» sobre el criterio de «figura pública». La Corte extendió la regla de la real malicia a las acciones por difamación entabladas por personas privadas involucradas en asuntos de interés público. Se sentó por primera vez el criterio de que el anonimato o la fama previa no eran importantes. Lo relevante –se dijo– era el interés público de la ocurrencia o suceso, de modo que a las personas privadas que voluntariamente o involuntariamente se viesan involucradas en sucesos de interés público se les exigiría actual malicia para obtener una justa reparación. La sentencia pone de manifiesto que la noción de que la relativa fama o anonimato de aquellos involucrados en asuntos de interés público resulta una cuestión irrelevante al lado de la protección que debería darse al debate sobre las materias, idea que se tradujo en que la mayoría de la Corte estuvo dispuesta a extender el privilegio de New York Times otorgaba a los demandados que fuera parte de la prensa, aún cuando el demandante difamado fuera una persona privada, y siempre que la afirmación hubiere tenido relación con un asunto de interés general o público. Esta

---

<sup>176</sup> *Rosembloom v. Metromedia, Inc.*, 403, US, 29, 34 (1971).

sentencia representó el máximo de restricción del derecho de libelo, o el máximo de protección de la libertad de prensa<sup>177</sup>.

- **Gertz v. Robert Welch, Inc. (1974)**<sup>178</sup>: En este caso se señalaron algunos matices a la amplia protección ya reconocida. A partir de Gertz arranca una jurisprudencia no tan favorable a los medios de comunicación. Se partió de una triple distinción de figuras:

a) figuras públicas a todo evento [o figuras públicas universales] que han logrado una dominante fama o notoriedad u ocupan posiciones de influencia o poder persuasivo y dominante respecto de los asuntos ordinarios;

b) figuras públicas sólo para un limitado grupo de asuntos [o figuras públicas limitadas]; las que se vuelcan a sí mismas con el fin de influir en la resolución de determinados asuntos;

y c) figuras públicas involuntarias, personas que pueden transformarse en una persona pública por haber sido arrastrada a una específica controversia pública. Sólo se da en ocasiones extremadamente raras.

La Corte llevó a cabo esta clasificación tripartita para concluir que las personas privadas no renuncian a parte alguna de su derecho a la reputación y merecían más reparación por los daños infligidos a ellos que a un funcionario o figura pública. Entendió también que Gertz, demandante, no era una figura pública y que el parámetro iniciado en New York Times debía aplicarse a quienes solo lo eran, por lo que el demandante que fuese ciudadano privado no debía probar ya la real malicia para tener éxito en la demanda por difamación, sino que sólo negligencia por parte de aquel que la pública. La sentencia Gertz trató de matizar las diferencias entre figuras públicas y privadas. Razonó que los

---

<sup>177</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit. Pág. 110.

<sup>178</sup> *Gertz v. Robert Welch*, 418, US, 323, 325-326, (1974).

servidores públicos y las figuras públicas tienen muchas oportunidades de auto defenderse cuando son difamados; pueden acceder con más facilidad a los medios de comunicación y, por tanto, cuentan con mejores oportunidades de aclarar las cosas. Además, **«quien busca la arena pública tiene que aceptar tanto el calor del fuego como el precio por entrar en la cocina»** (*who seeks the public arena must accept the heat of the fire as the price for entering the kitchen*). La gente que se convierte voluntariamente en figura pública tiene que asumir quedar sometido a un escrutinio más severo. Se exponen también más a la difamación. Muñoz Machado traduce las categorías utilizadas como **«figuras públicas universales»** (no necesariamente políticos: ni en Norteamérica ni en ningún otro país es comparable la popularidad de un político con la de un buen deportista o un mediano cantante) y otras que son **«figuras públicas limitadas»**, a estas últimas, en verdad, sólo se les debería aplicar el estándar *New York Times* cuando la difamación tuviera que ver con los asuntos que tienen confiados; en los demás aspectos de sus vidas, se portan como personas sin relevancia pública y como tal deberían ser tratadas<sup>179</sup>.

- **Time Inc. V. Firestone (1976)**<sup>180</sup>: Rechazó la idea de que una controversia sea pública tan sólo porque el asunto resultara «popular» para la gente. En el fallo se objeta respecto del demandado que «...pretende igualar una controversia pública con todas las controversias de interés público».

- **Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps (1986)**: En un esquema muy similar al utilizado por el Tribunal Constitucional, se distingue el canon que ha de regir según el

---

<sup>179</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit., Pág. 111. Por otro lado, comenta Antonio Fayos Gardó respecto de la sentencia del caso *Gertz* que «corrige la doctrina anterior en el sentido de rechazar las informaciones falsas como carentes de protección constitucional y distinguir entre las figuras públicas y las privadas a fin de aplicarles a éstas mayor protección. No se admite aquí la doctrina que el mismo Tribunal Supremo había sentado en el caso *Rosenbloom* en el sentido de admitir un concepto muy amplio del interés público» (*Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 93).

<sup>180</sup> *Time, Inc. V. Firestone*, 424, US, 448, 450 (1976).

carácter público o privado del afectado. En este sentido se afirmó «Es posible distinguir dos fuerzas que pueden remodelar la perspectiva del *common law* conforme a la primera Enmienda. La primera depende de si el demandante es un cargo o personaje público o un particular. La segunda depende de si las manifestaciones en cuestión son o no de interés público. Cuando lo que se haya dicho sea de interés público y el demandante un cargo o personaje público, la Constitución exige claramente que el actor supere una barrera más alta que la establecida por el *common law* antes de ver estimada su pretensión de ser indemnizado por un medio de comunicación social. Cuando las declaraciones sean de interés público y el demandante un particular (...) la Constitución todavía suplanta los requisitos del *common law*, pero las exigencias constitucionales son, al menos en algunos extremos, menos restrictivas que cuando la demanda procede de un personaje público y el objeto de la controversia es de interés público. Cuando las manifestaciones sean exclusivamente de interés privado y el demandante sea un particular (...) las exigencias constitucionales, en principio no fuerzan necesariamente ningún cambio en las reglas del *common law*».

Como puede intuirse, estas figuras del derecho norteamericano reconocen cierta vinculación con la clasificación que efectúa el Tribunal Constitucional español. Para Muñoz Machado<sup>181</sup>, luego de los matices impuestos por la sentencia Gertz, se reconocen básicamente en ese ámbito las **figuras públicas universales** [no necesariamente políticos: ni en Norteamérica ni en ningún otro país es comparable la popularidad de un político con la de un buen deportista o un mediano cantante] y otras que son **figuras públicas limitadas**, a estas últimas, en verdad, sólo se les debería aplicar el estándar New York Times cuando la difamación tuviera que ver con los asuntos que tienen confiados; en los

---

<sup>181</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit., Pág. 111.



demás aspectos de sus vidas, se portan como personas sin relevancia pública y como tal deberían ser tratadas. Y así las cosas, y tal como se realiza la clasificación de personas, **no podríamos desechar que nuestra categorización de «persona pública»/«persona de notoriedad pública» se trate de un «préstamo» tomado por el tribunal nacional de esta doctrina norteamericana.** Pero, aún así, lo que resulta indiscutible es que **las categorías de «persona pública universal»/«persona pública limitada» no son perfectamente identificables con las utilizadas en la actualidad por el Tribunal Constitucional.** Con esto nos adelantamos a las conclusiones del próximo apartado, pero basta con decir aquí que **es impensable en nuestro orden jurídico cualquier categoría de persona pública que no reconozca que las injerencias siempre deben estar directa e inmediatamente vinculadas a los asuntos que éstas tienen confiados (interés público-político) o por los que se han hecho conocidas.** El carácter público de las personas en España sólo afecta a aquellos aspectos relacionados con el asunto que las ha convertido en personajes públicos («criterio de conexión»)<sup>182</sup>. A luz de la Ley Orgánica 1/1982 y de la de la jurisprudencia constitucional, que fija como fundamental criterio legitimador de una intrusión el «interés público» en el dato divulgado<sup>183</sup>, no hay lugar para una publicidad sin excepción, ni siquiera cuando se está ante una persona pública o, incluso, ante un tema que es de público conocimiento por haber ya trascendido<sup>184</sup>. **En el derecho español una categoría de «persona pública universal»**

---

<sup>182</sup> Véase en la página 157.

<sup>183</sup> Lógicamente, aparte del consentimiento del afectado (art. 2 LO 1/1982).

<sup>184</sup> Como señala Medina Guerrero «aquí reside una de las principales diferencias que separan el modo en que se aborda el tratamiento de las relaciones prensa/intimidad de los afectados en los Estados Unidos y buena parte de los países europeos, y que conducen a que la libertad de prensa goce de una verdadera posición preferente en el país norteamericano. Como es obvio, también en los Estados Unidos la principal forma de invasión de la «privacidad» por parte de la prensa, a saber, la divulgación pública de hechos privados, exige como presupuesto imprescindible que «los hechos revelados al público sean hechos privados, que no públicos; pero la jurisprudencia se inclina por interpretar de forma muy estricta este concepto. Así, los Tribunales suelen desestimar las demandas de protección de la privacidad

**no podría tener cabida.** Y fue precisamente esta la razón por la cual un sector de la doctrina de Estados Unidos ha puesto de relieve que la principal limitación inherente a la formulación clásica de la protección de la privacidad allí estriba en fundarse también, aunque ya desde un aspecto material, en una nítida distinción entre hechos «privados» y hechos «públicos», sin margen alguno para la matización o graduación, con la importante consecuencia de excluir por entero a estos últimos de toda salvaguarda jurídica<sup>185</sup>. Comprenderemos mejor estas diferencias de protección en uno y otro país con el desarrollo del próximo apartado.

### 5.3.2. La categoría subjetiva «persona pública»: etapas de su desarrollo

Una viva revisión de sus sentencias nos permite sostener que este **Supremo intérprete de la Constitución ha logrado, finalmente, delimitar con precisión, y sin caer en contradichos, el ámbito conceptual de sus tres categorías subjetivas.** Sin embargo –es importante decirlo– esta nítida depuración de conceptos no fue perfectamente asimilada ni por el Tribunal Supremo<sup>186</sup>, ni tampoco por la doctrina

---

cuando las mismas versan sobre asuntos que ya han sido previamente publicados por otro medios de comunicación. Constituye, en efecto, una bien asentada línea jurisprudencial considerar que la »republicación de hechos ya publicados no puede ser la base de una demanda por invasión de la privacidad» (*La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit. Pág. 53). Se cita Prosser y Keaton, *The Law of Torts*, Fifth Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1984, Pág. 858.

<sup>185</sup> Sobre la cuestión véase Christian Schlottfeldt: Die Verwertung rechtswirtdrig beschaffter Informationen durh Presse und Rundfunk, Pág. 61, citado por Manuel Medina Guerrero en *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 31.

<sup>186</sup> Así, por ejemplo en la STS (Sala Primera de lo Civil) del 24 de mayo de 2010 (FJ “Segundo”) se hace mención a la categoría de «personaje público» cuando el caso se ocupa de la protección de la intimidad y propia imagen de una modelo y un cantante, que en la terminología contemporánea del TC eran a todas luces «personas de proyección pública». Asimismo, la STS de 17 de diciembre de 1997 dice que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.

nacional. En la práctica jurídica española se suelen utilizar indistintamente las dos categorías subjetivas de lo público [«persona pública» y «persona de proyección pública»] aunque debe reconocerse que en buena parte de los casos se trata de escritos anteriores a que el Tribunal Constitucional se mostrara tan claro en la clasificación, lo que ocurrió recién hacia mediados del año 1999<sup>187</sup>.

**Encontramos en el desarrollo de la doctrina constitucional una evolución progresiva en tres tiempos, que identificamos como: i) utilización, ii) descripción o profundización; y iii) rotunda distinción.**

Veamos:

**1º) Utilización de la categoría «persona pública» (STC 107/1988, de 8 de junio).**

---

<sup>187</sup> Como advierte Clemente García García «la distinción apuntada [persona pública – persona privada] no significa homologar el concepto de «persona pública» con «gestión política», es decir, exclusivamente referida o imputable a quien ejerce cargo de responsabilidad pública. Las expresiones personas de notoriedad de relevancia y proyección pública, personas involucradas en hechos de interés general», etc. aparecen frecuentemente en el repertorio de resoluciones judiciales, no sin crear alguna confusión en cuanto al perfil y determinación, principalmente en Sentencias procedentes de instancias inferiores al TS y TC» (*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, Pág. 165-166). Mercedes Galán Juárez entiende por «personas públicas» a las que «tengan cierta relevancia social por el ejercicio de sus actividades», para ello cita la STC 173/1995, de 21 de noviembre FJ 3 (*Intimidad, Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ob. Cit., Pág. 167). Antonio Fayos Gardó afirma que los tribunales han admitido sin problemas que el derecho a la intimidad es predicable también de las personas públicas, que tienen también un ámbito privado que ha de protegerse de la curiosidad ajena. Como casos en que se ha tratado esta tipología refiere, precisamente, tres supuestos todos ellos, en rigor, dedicados a «personas con proyección pública», como el caso Paquirri (STS 1247/1986), caso de los financieros Alberto Alcocer y Esther Koplowitz (Audiencia Provincial) y el caso «Patiño y Diario 16» (*Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 380/388). También afirman Kaboth y Saiz que «El concepto de persona de notoriedad pública que trata el TEDH en el caso Hannover discrepa en gran medida con la definición formulada por el TC en su jurisprudencia. Este califica de personaje público o que posea notoriedad pública a todo aquél que tenga atribuida la administración del poder público y aquellos otros que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada» (STC 112/2000). Aunque en nuestra jurisprudencia no se hace la mencionada distinción entre personajes públicos absolutos y relativos que ha fijado el BVerfG en Alemania, si cabe entender que bajo el concepto de figura pública se comprende tanto a aquellas personas que por ejercicio de funciones o cargos públicos, reciben la condición de públicas (personajes públicos absolutos), como aquellas otras que por su actividad profesional o por difundir de forma habitual elementos de su vida privada, poseen tal notoriedad (personajes relativos). Por tanto, la definición fijada por el TEDH acota en gran medida el concepto que el TC ha establecido en abundantes resoluciones» (Kaboth, Daniel, Saiz, Sandra, *Carolina Hannover ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: libertad de información versus intimidad y propia imagen*, *Economist & Jurist*, Vol. 14, N° 99, 2006, Pág. 68)

Aún cuando alguna doctrina suele ubicar el surgimiento de la categoría «persona pública» en la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre<sup>188</sup>, tal como lo hacen Bustos Gisbert y Covarrubias Cuevas, según apreciamos nosotros, y se trata de un dato que no hemos visto tampoco recogido en los estudios sobre el tema, en rigor no fue sino la anterior STC 107/1988 de 8 de junio, la que primero la ha utilizado como tal. Anteriormente se contaba con dos sentencias relevantes en la materia: **i)** la conocida sentencia del «Alcalde de Soria» (STC 104/986, de 17 de julio) en la que se habló de las especiales limitaciones del derecho al honor cuando se ve afectado por la crítica, no en la faceta íntima o privada de una persona, sino derivada de su gestión pública como titular de un cargo representativo; y **ii)** la STC 165/1987, de 27 de octubre, que reconoce la ocurrencia de una injerencia ilegítima «si la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución, que le confiere el núm. 4 del mismo artículo» (FJ 10). Como se puede apreciar el argumento es prácticamente idéntico al empleado en la totalidad de las sentencias posteriores. Se habla de «personalidades públicas» (como ya dijimos no podría ser de otra forma cuando se trata de evaluar los alcances de la protección de un derecho subjetivo de la personalidad), no obstante apreciamos se lo hace sin intención de clasificar elementos. La que sí se muestra con el propósito de categorizar es la referida STC 107/1988. Se discutía en el caso la legitimidad de las críticas que un objetor de

---

<sup>188</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Núm. 85, 1994, Pág. 278 y Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas de la figura de «persona público...»*, Ob. Cit., Pág. 186.

conciencia al servicio militar había dirigido a los integrantes del Poder Judicial<sup>189</sup>. Se afirmó por entonces que «el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares **son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública**, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática». (FJ 2). Este mismo criterio fue el reiterado por las posteriores SSTC 171/1990 y 172/1990. Se empleó así por vez primera la categoría de «personas públicas», aunque no se precisaron sus límites conceptuales, por lo que hay que reconocer que la sentencia (también las posteriores que reeditaron sus mismos argumentos) dejó instalada una incertidumbre: no explica si son «personas públicas» aquellas que «ejercen funciones públicas» y también aquellas otras que «resultan implicadas en asuntos de relevancia pública» o bien, estas últimas pertenecen a una categoría independiente. El problema lo genera el uso de la conjunción “o”. Lo que sí aparece manifiesto es que todas estas personas, que comparten vocación de proyección

---

<sup>189</sup> El demandante de amparo de la STC 107/1988, de 8 de junio, objetor de conciencia al servicio militar, en una entrevista relativa a una condena que se le había impuesto por el delito de injurias al Ejército y publicada en el periódico «Diario 16», expresó, entre otras, las siguientes opiniones: «Es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey» y «esto me confirma una idea que ya tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles. Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia» (FJ 1).

hacia lo público, reconocen un elemento común: deben soportar o tolerar el riesgo de ver en algo afectados sus derechos subjetivos de la personalidad (intimidad, honor y propia imagen) en pos de permitir al resto de los ciudadanos el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE. Pero no sólo esto, también desde esta primera sentencia se habla de exigir, en pos de que prevalezcan sobre los derechos del artículo 18.1 alguna de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, que estas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen (FJ1)<sup>190</sup>.

Posteriormente, la STC 105/1990, de 6 de junio (FJ 15), agrega una razón importante que explica las limitaciones especiales que debe tolerar una «persona pública» cuando sostiene que «la crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa –y a veces extremadamente penosa– para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública».

## **2º) La descripción de la categoría «persona pública» (STC 85/1992, de 8 de junio).**

Para dar paso a la paulatina descripción de la categoría «persona pública», entra en juego el caso Castells del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 23 de abril de 1992 y con él la inclusión de algunos de sus fundamentos en las sentencias del Tribunal Constitucional que se ocupan de evaluar la crítica a los políticos. De tal suerte, en las sentencias que le siguen, el Supremo intérprete va a afirmar que cuando se trata de una persona pública que además es gobernante, la crítica admisible es aún mucho más amplia. Este segundo paso en la delimitación de los conceptos lo da la STC 85/1992, de 8 de junio.

---

<sup>190</sup> Reedita este argumento la STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.

Allí se sostiene que «la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las **personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares sin proyección pública**» (FJ 2)<sup>191</sup>. El Tribunal Constitucional avanza en la descripción del tipo con el objetivo de precisar quiénes son las «personas públicas» y cuáles son las razones que justifican se las agrupe para explicar con unos mismos argumentos por qué merecen una protección menor en su intimidad, honor e imagen que la del resto de los ciudadanos.

Recapitulando: sabemos hasta este momento que conforman también esta tipología de «personas públicas» los sujetos que se dedican a «actividades políticas», que sufren una especial modulación en sus derechos subjetivos y que ello responde a una necesidad de control por parte de la ciudadanía. Las «personas públicas» no son simples particulares, son sujetos obligados a tolerar el escrutinio de sus «actitudes y manifestaciones» y si se trata de «personas públicas» que son políticos o gobernantes, la posibilidad de intervenir en sus derecho de la personalidad es aún mayor.

### **3º) La categórica distinción de categorías «persona pública» / «persona de proyección pública» (STC 134/1999, de 15 de julio)**

Pero más allá de que estas anteriores sentencias anticipen conceptos, no es sino hasta la muy posterior STC 134/1999, de 15 de julio (FJ 8), que la distinción entre

---

<sup>191</sup> El criterio es reiterado, entre otras, en las SSTC 190/1992, de 16 de noviembre, FJ 5; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 6; 78/1995, de 22 de mayo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 4.

«personas públicas» y «personas con proyección pública» queda plasmada. Se afirma en este fallo que los **«personajes públicos» son una «categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público**, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo». Así, luego de once años de utilizar las categorías de lo público, se despeja definitivamente la inicial incertidumbre: hay «personas públicas» y hay «personas con proyección pública». La utilización de una y otra categoría nos guiarán por reflexiones en algo iguales y en algo distintas. Concretamente, lo que nos dice la sentencia de este «tercer paso» es que la categoría «persona pública» responde a una necesidad de control que se constituye en un derecho de los ciudadanos a saber cómo aquellos ejercen el poder en su nombre<sup>192</sup> y que se diferencia de la de los «personajes con notoriedad pública» (o proyección pública) en tanto estos «poseen tal notoriedad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada». Se igualan en que los sujetos de ambas, como integrantes de las categorías de lo público, «corren el riesgo de que, tanto su actividad profesional en el primero de los casos, cuanto la información revelada sobre su vida privada en el segundo, se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros».

### 5.3.3. La «persona pública» como persona sometida al control público

---

<sup>192</sup> La STC 134/1999 afirma «Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad *personajes públicos*, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre, sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular».



Tal como se afirmó, el Tribunal Constitucional considera «personas públicas» a todas aquellas que gestionan el poder público, ya se trate de autoridades o funcionarios públicos, cualquiera que sea la institución a la que sirven<sup>193</sup> [vgr. Gobierno, Parlamento, Poder Judicial, –etc–]. Se incluye en esta categoría a aquellos sujetos que poseen «relieve político»<sup>194</sup> (volveremos sobre este tema). Entre las más recientes, la STC 69/2006, 13 de marzo de 2006 recuerda este **amplio ámbito conceptual que se le reconoce a la categoría** al incluir dentro de ella tanto a políticos, como a gobernantes, altos cargos y funcionarios de cualquiera de los poderes del estado. Se afirma que el carácter público de una persona comprende no sólo a políticos, sino también a funcionarios, y más aún si ocupaban puestos relevantes. En el mismo sentido se muestran, entre otras las SSTC 54/2004, de 15 de abril de 2004; 148/2001, FJ 6 y 192/1999, FFJJ 7 y 8.

**Evidenciando esta postura, de «amplio ámbito conceptual» se dio trato de personas públicas a gestores de lo público con posiciones de lo más disímiles,** como: el Rey<sup>195</sup>; el Presidente de Gobierno<sup>196</sup>; los Altos Cargos de un Ministerio<sup>197</sup>; los ex Ministros<sup>198</sup>; los funcionarios consulares<sup>199</sup>; los Presidente de Diputación<sup>200</sup>; los Diputados provinciales<sup>201</sup>; los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial<sup>202</sup>; los Alcaldes<sup>203</sup>;

---

<sup>193</sup> STC 76/1995, 22 de mayo de 1995.

<sup>194</sup> SSTC 336/1993, 15 de noviembre de 1993 (FJ 6); 15/1997, de 22 de enero de 1997 (FJ 3); 110/2000, de 5 de mayo de 2000 (FFJJ 3 y 8); 232/2002 de 9 de diciembre de 2002 (FJ 4).

<sup>195</sup> STC 213/2006, 3 de julio de 2006.

<sup>196</sup> STC 190/1992, de 16 de noviembre de 1992.

<sup>197</sup> STC 21/2000, de 31 de enero de 2000.

<sup>198</sup> STC 54/2004 –Pleno–, de 15 de abril de 2004; 216/2006, de 3 de Julio de 2006.

<sup>199</sup> STC 68/2008, de 23 de junio de 2008.

<sup>200</sup> AUTO 100/2009, de 23 de marzo de 2009.

<sup>201</sup> STC 105/1990, de 6 de Junio de 1990; STC 160/2003, 15 de septiembre de 2003.

<sup>202</sup> AUTO 100/2001, de 26 de abril de 2001; STC 107/1988, 8 de Junio de 1988.

Tenientes Alcaldes <sup>204</sup> ; Consejales municipales (aún cuando no fuera «político profesional») <sup>205</sup>; los funcionarios de un Ayuntamiento <sup>206</sup>; los policías municipales <sup>207</sup>; al Presidente de un organismo deportivo que administra caudales públicos <sup>208</sup>; todas las autoridades y funcionarios públicos (entre ellos los Secretarios de Ayuntamiento) <sup>209</sup>; los miembros de una delegación diplomática en país extranjero <sup>210</sup>; los Rectores de una Universidad (puesto que ocupa un puesto electivo) <sup>211</sup>; y a los funcionarios recaudadores municipales <sup>212</sup>, entre otros. De esta enunciación se sigue, sin fisuras, que efectivamente «personaje público» es aquella categoría que el Tribunal Constitucional vincula al poder público: ya se trate de quienes tienen atribuida la administración del poder público, o de quienes aspiran a conseguirlo <sup>213</sup>.

Sólo alguna doctrina nacional ha acatado este criterio haciendo un adecuado recorte de la tipología y sin confundirla con la cercana «persona de proyección pública». Pensamos en el caso de Luís María Díez-Picazo que afirma que son personajes públicos los que ocupan cargos públicos, llamados a soportar la visibilidad y la crítica y que «parcialmente distinta es la situación de las personas con relevancia pública, es decir,

---

<sup>203</sup> SSTC 104/1986, de 17 de julio de 1986; 336/1993, 15 de noviembre de 1993; STC 192/1999, de 25 de octubre de 1999; 11/2000 de 17 de enero de 2000.

<sup>204</sup> STC 19/1996, de 12 de febrero de 1996.

<sup>205</sup> SSTC 232/2002, de 9 de diciembre de 2002 (no político profesional) y 127/2004 de 19 de julio de 2004.

<sup>206</sup> STC 9/2007, de 15 de enero de 2007.

<sup>207</sup> STC 72/2007, de 16 de abril de 2007.

<sup>208</sup> STC 3/1997, de 13 de enero de 1997.

<sup>209</sup> STC 148/2001, de 27 de junio de 2001, Auto 336/2008, de 27 de octubre de 2008.

<sup>210</sup> STC 144/1998, de 30 de junio de 1998.

<sup>211</sup> STC 101/2003, de 2 de junio de 2003.

<sup>212</sup> AUTO 16/2006, de 18 de enero de 2006.

<sup>213</sup> Veremos luego que incluye también a los sujetos que sin gestionar aún poder público aspiran a conseguirlo: los sujetos con *relieve político*. Véase en la página 134.

quienes sin ser políticos ni ocuparse de asuntos públicos, gozan de notoriedad»<sup>214</sup>. También Manuel Medina Guerrero cuando estima que en la categoría «personas públicas» se condensa en el plano subjetivo todo lo relativo a la actividad política en su sentido más amplio y que el Tribunal Constitucional se ha inclinado por atribuir esta denominación a los que «ostentan un cargo o desempeñan una función pública, reconduciendo a los restantes a la menos perfilada condición de personajes con notoriedad pública»<sup>215</sup>. Pero para concretar con exactitud lo que diferencia a la «persona pública» de la otra categoría subjetiva de lo público [«persona con proyección pública»], debemos comprender que su «esencia» no está en el hecho de que todos los individuos que incluye han optado por la «arena pública»; tampoco está en el riesgo de que sus derechos subjetivos se vean afectados a causa de esa elección; ni tampoco el hecho de verse sometidos a la crítica pública. Todas estas circunstancias son tan predicables de las «personas públicas» como de algunas de las de «personas con proyección públicas». **El elemento invariable que constituye la naturaleza de la tipología «persona pública» es el hecho específico de que sólo los «personajes públicos» están sometidos al control de la colectividad.** La ciudadanía tiene derecho a inspeccionar sus actos públicos (veremos luego que también algunos de sus actos privados<sup>216</sup>) y esto se debe a que altos cargos, gobernantes y funcionarios ejercen un poder en su nombre, cosa que indudablemente no sucede con los artistas, profesionales, – etc–. **Existe respecto a las «personas públicas» un derecho al escrutinio, a realizar un examen y averiguación exacta y diligente de sus actos públicos y su conducta para formar un juicio de cómo ejercen el poder en nombre de todos**<sup>217</sup>. Este es el

---

<sup>214</sup> Díez-Picazo, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, Pág. 331.

<sup>215</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág.145.

<sup>216</sup> **Véase en la página 483 y ss. (La vida privada del alto cargo)**

<sup>217</sup> Tal la definición de «escrutinio» conforme la vigésima segunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española*.

criterio que sin variaciones viene sosteniendo el Tribunal Constitucional desde la referida sentencia 134/1999 hasta en las más recientes<sup>218</sup>, cada vez que afirma que los personajes públicos son una «categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo»<sup>219</sup>.

**Fundamentalmente no es la libre decisión de participar en lo público, sino – y antes que ello– la vigencia del derecho fundamental a la información y la vigencia del Principio del Estado Democrático (art. 1 CE) los capaces de situarse todos juntos en una posición preferente respecto de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE. De este modo, cuando el derecho a la intimidad lo esgrime un hombre público, por fuerza tiene que debilitarse frente a los intereses superiores a que sirve la información<sup>220</sup> sobre aspectos de su vida privada. Llegamos así a la conclusión de que el Tribunal Constitucional hace una perfecta identificación entre «persona pública» y «persona sometida a control público»: dos realidades inseparables. Donde hay «persona pública» hay interés legítimo en el control. La proclamación de la democratización del Estado supone la formulación de la participación como requisito indiscutible de todo régimen democrático. Uno de principales mecanismos institucionales por los que se canaliza esa participación es en la posibilidad de controlar a los que ejercen el poder y activar los distintos modos de rendición de cuentas. Sobre estos gestores de lo público se focaliza una demanda social de mayor transparencia en la actuación de las diversas instancias del poder que provoca un**

---

<sup>218</sup> SSTC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 8 y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7.

<sup>219</sup> STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

<sup>220</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ob. Cit., Pág. 154.

menor ámbito de intimidad protegido. Por qué razones se justifica este «escrutinio» en el caso de los altos cargos y hasta dónde puede llegar el control, serán cuestiones analizadas en profundidad en los próximos capítulos. Tan sólo vamos a anticipar aquí que este volverse sujeto pasivo de control de toda «persona pública» es la consecuencia de una posición o rol institucional asumido. Esto nos conduce a hablar de otra razón que justifica la menor protección de sus derechos de la personalidad: el sujeto que participa en la administración del poder público deberá cumplir y aceptar unas exigencias especiales o «deberes institucionales»<sup>221</sup>.

**Tolerar las informaciones y opiniones sobre su persona debe ser tomada como una servidumbre de la vocación para quien se decide a participar en la gestión pública.** En palabras del Tribunal Constitucional, esto también se justifica –desde esta otra óptica– por la libre asunción del riesgo que, al ingresar a la función, el sujeto investido como «persona pública» toma para sí. La fórmula que en sus fallos utiliza para argumentar sobre este aspecto es que la persona pública asume un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, intimidad y a la propia imagen resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general<sup>222</sup> (afirmación general igualmente predicable de las personas con proyección pública). Fuerza es reconocer la certeza de esta reflexión. En efecto, de acuerdo con la importancia que la libertad tiene en cualquier democracia, y la función orientadora que han de ejercer los valores superiores del ordenamiento jurídico, la aquiescencia de una persona debe representar un papel trascendente en la configuración del ejercicio y delimitación de sus derechos. **Desde estas premisas, la asunción voluntaria del riesgo (como razona el Tribunal Constitucional) es un dato [más no la «pieza**

---

<sup>221</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, Pág. 113-115. El tema de los «deberes institucionales» será objeto de análisis (Véase en la página 320)

<sup>222</sup> STC 148/2001, de 27 de junio de 2001, FJ 6.

clave»]<sup>223</sup> a tener en cuenta a la hora de evaluar restricciones del ámbito protegido del honor y vida privada de un hombre dedicado a la actividad pública. La vida de quien ejerce el poder gira en torno al control y al juicio: asumida la función el personaje público no puede pretender escaparse de él<sup>224</sup>.

#### 5.3.4. El sujeto con relieve político como «persona pública»

Fuera del supuesto de los individuos dedicados a la «gestión de poder público», el Tribunal Constitucional acomoda en la misma tipología a aquellos que sin ocupar cargos públicos aspiran a conseguirlos: estos son los **sujetos que poseen relieve político**. Pero adviértase que aún en este supuesto continúa siendo válida nuestra tesis de que en la figura «persona pública» subyace la idea de control por parte de los ciudadanos hacia quien gestiona el poder o lo pretende al participar en la contienda electoral —en este caso—. Precisamente, la STC 15/1997, de 22 de enero de 1997, se ocupó de justificar la inclusión de los políticos que no ejercen poder en la categoría «persona pública» y, consecuentemente, el interés público en la vigilancia de sus comportamientos. El caso se centró en un artículo periodístico que descalificaba a una autoridad de un partido político que no ejercía función pública. La noticia se publicó bajo el título «Los vetos de Pérez». En ella se vertían las siguientes frases: «El mal crónico del que sufre Valencia tiene nombre y apellidos: Pablo Muñoz Gallego. El cacique residual de siempre, la mano obediente de quien mande, sea quien sea y mande lo que mande. Experto en cacicadas de sacristía y

---

<sup>223</sup> Véase en la página 421.

<sup>224</sup> Afirma Luís María Díez-Picazo: «dos personajes públicos —esto es, quienes ocupan **cargos públicos-** tienen un **especial deber de soportar la visibilidad y la crítica** y, por tanto, no pueden invocar los derechos a la intimidad y al honor con la misma amplitud que los simples particulares». (Cfr. *Sistema de derechos fundamentales*, Ob. Cit., Pág. 330).

persona muy poco apreciada por el vecindario coyantino». El afectado estimó vulnerados sus derechos fundamentales de honor e igualdad ante la ley. En cuanto al derecho a la igualdad planteó que los políticos que no ejercen poder no podían ser discriminados en la protección al honor y que debían ser tratados al igual que cualquier ciudadano. Para sostener la ilegitimidad de la crítica se pretendió presentar al miembro activo del partido político como una «persona privada» y, en ese designio, se dijo que el señor Muñoz era, políticamente hablando, un cero a la izquierda: no era un político porque no trataba de alcanzar ningún puesto de ese carácter; no necesitaba los votos del electorado para nada y por tanto no había por qué ofenderle públicamente; lo único que tenía de político es que formaba parte de una comisión encargada de confeccionar candidaturas para las próximas elecciones municipales; comisión en la que, además, iba en último lugar. El Tribunal Constitucional no respaldó ninguno de estos argumentos y calificó al pretense damnificado como una «persona pública». Afirmó que los hechos del proceso se situaban en el ámbito del debate político y entendió que la alegación de que el actor no se presentaba como candidato a las elecciones carecía de toda relevancia. Textualmente sostuvo: «...El se encontraba implicado en la contienda electoral, pues formaba parte de la comisión de su partido político para la formación de las listas electorales. Este dato, por sí solo, es determinante, resultando de todo punto indiferente el lugar que ocupara en la lista de miembros de la comisión, pues no guarda ninguna relación con su derecho a voz y voto en la formación de la voluntad de su partido respecto a las elecciones (...) Las críticas dirigidas contra él no rozaron siquiera el ámbito de sus actividades como ciudadano particular. Y es, por lo demás, evidente que **quien interviene en el ágora de su ciudad no puede disociar enteramente su persona de sus actividades públicas, tanto para lo bueno como para lo malo**» (FJ 2). Por lo demás, en cuanto a la supuesta violación al derecho a la igualdad, se dio razón al Tribunal Supremo en cuanto falló que la alegación del art. 14 CE

carecía de entidad, pues la diferencia de trato que corresponde dispensar a las «personas públicas» nace de las diferencias entre la actividad política respecto de otras en una sociedad democrática.

El acierto del criterio de alcanzar con la categoría a los sujetos dedicados a la actividad política es notable. Todo partido político es una asociación con un fin explícito (conseguir el Poder) e implícito (contribuir al bienestar de la comunidad), de ahí que suela decirse que el político y la política deben ponerse al servicio de la colectividad<sup>225</sup>. Desde esta óptica, el político quiere conseguir el poder para servir a la comunidad según las ideas que representa y no al revés, es decir, trabajar para la comunidad con el fin de conseguir el Poder. Por lo tanto, la defensa de su fin social no sólo interesa al partido sino a la sociedad en su conjunto<sup>226</sup>. Esta relevancia de los «partidos políticos» y sus actores se expresó con la modificación paulatina de la tesis acerca de la naturaleza jurídica de los partidos políticos. El Tribunal Constitucional comprendió que no se trataba ya de considerarlos como meras asociaciones privadas que por su finalidad están provistos de un derecho subjetivo público, sino de pensarlos como elementos dotados de un «estatus jurídico público de carácter singular». La singularidad vendría determinada –según sus sentencias– por el hecho de que **los partidos políticos aún cuando no poseen todas las notas características de los**

---

<sup>225</sup> Al respecto véase también Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, Págs. 61-61. Concluye su razonamiento con la idea de que la consecuencia de este panorama es que los **partidos políticos no tienen como fin principal el nombramiento de los legisladores, como parecería natural, sino la promoción del ejecutivo**. El poder legislativo es, por todo ello, un simple instrumento del gobierno. Sus miembros se desvinculan en gran medida, e incluso institucionalmente, de la tarea que les viene encomendada (Pág. 64), **hecho que destacamos en cuanto puede ser una importante razón, a sumar a las ya expuestas, para sostener la acertada decisión del Tribunal Constitucional al incluir en el catálogo de «personas públicas» a los sujetos que tienen relieve político por desarrollar actividad en partidos políticos**. De tal suerte, ellos también estarán sometidos al escrutinio de los ciudadanos y deberán tolerar, en principio, ciertas intromisiones en sus derechos de la personalidad (art. 18.1 CE). Véase también en la página 134.

<sup>226</sup> García Ferrer, Juan José, *El Político: Su honor y vida privada*, Edisofer S.L. Madrid 1998, Pág. 207. Cabe mencionar que cuando García Ferrer se refiere al concepto de político lo hace coincidir con el de cargo electo y de candidato al mismo, así con el de cargo público (*Vid.* Pág. 124) y, muy posiblemente, ello tenga que ver con la necesidad de someter también al candidato al control de la ciudadanía.



**poderes públicos, ni son órganos del Estado, adquieren relevancia constitucional al ejercer funciones de carácter público**<sup>227</sup>. Precisamente, esta «relevancia institucional» justifica el control de la actuación de sus miembros, siempre que guarde una vinculación directa y evidente a su labor partidista. **Lo que justifica el control de la institución, no puede sino justificar el control de sus integrantes, en tanto a ella se vincule** En suma: la categoría de «personajes públicos» condensa en el plano subjetivo todo lo relativo a la actividad política en su sentido más amplio, por lo que indudablemente ha de incluirse en la misma a los aspirantes o candidatos a administrar el poder público<sup>228</sup>.

### **5.3.5. El funcionario como «persona pública» y la crítica política en los ámbitos de «neutralidad política»**

Vamos a dedicar algunas palabras a los funcionarios públicos pues, aún cuando como gestores del poder público son incluidos en la categoría de la «persona pública», su posición será distinta de la de los políticos o gobernantes a la hora de evaluar la relevancia pública de una información o crítica sobre su persona. Como justificaremos a lo largo de este trabajo, de los gobernantes y ciertos altos cargos, como también de los políticos, pueden llegar a adquirir relevancia pública incluso aspectos de su vida privada (y en algunos casos muy especialmente), consecuencia directa de la confianza otorgada y del «más

---

<sup>227</sup> SSTC 3/1981; 5/1983 y 18/1984. Navarro Méndez afirma al respecto: «Parece que el Tribunal Constitucional ha intentado aquí poner de manifiesto una **realidad sociológica, cuál es la incardinación de los partidos políticos en el engranaje estatal**. Ciertamente el Alto Intérprete no afirma expresamente que estemos ante un *Estado de Partidos*, pero los partidarios de esa posición pueden encontrar aquí un argumento a favor de ello. Por el contrario, y a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional se habría referido a dicha expresión, no para definir con ella la forma de Estado, sino para (...) justificar que a aquéllos, a diferencia del resto de las asociaciones, se les impongan ciertas exigencias adicionales. Sería algo así como el tributo que los partidos deben pagar a cambio de obtener ciertos privilegios, como la facilidad a la hora de presentar candidaturas electorales, la posibilidad de acceder a los medios de comunicación estatal, la obtención de subvenciones con cargo a los Presupuestos del Estado» (Cfr. Navarro Méndez, José Ignacio, *Partidos Políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, Pág. 222).

<sup>228</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 146.

riguroso control al que están expuestos»<sup>229</sup>. Sin embargo, en el caso de los funcionarios públicos, la situación es diversa y obedece a dos razones: no ocupan cargos representativos y su acceso a la función no es consecuencia de una confianza otorgada sino de un procedimiento de selección de acuerdo a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). El matiz que corresponde hacer cuando se trata de una «persona pública» que es funcionario fue destacado por el Tribunal Constitucional al afirmar que «cuando la crítica se dirija a un funcionario público y se refiera a la forma en la que desempeña su función, no siempre estará amparada en la relevancia pública de la opinión emitida» pues «de otro modo, el sacrificio exigido a la dignidad del funcionario criticado resultaría de todo punto desproporcionado, ya que su honor y reputación personal podrá sacrificarse en aquellos casos en los que la formación de la opinión pública sobre las cuestiones que a todos puedan interesar, como pueda ser la gestión de los asuntos públicos, así lo exija por resultar esencial para el Estado democrático de Derecho (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3)». La diferencia se deja ver: **mientras que el canon o criterio guía para los políticos, gobernantes y todos aquellos que ejercen una función representativa es que «su conducta, su imagen, sus opiniones» y «lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones» como también «lo que digan o hagan al margen de la misma», siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño del cargo («criterio de conexión»), estará todo ello sometido al escrutinio** de los ciudadanos<sup>230</sup>, para los funcionarios públicos –en principio– (recordemos que siempre el canon consiste en un parámetro abstracto y general) el interés público está enfocado en todo cuanto se vincule a la «gestión de los asuntos públicos» y siempre que lo divulgado u opinado sea esencial para

---

<sup>229</sup> STC 336/1993, de 15 de noviembre de 1993, FJ 6. Véase en la página 483 y ss.

<sup>230</sup> STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8 y SSTC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 4 y 54/2004, de 15 de abril, FJ 3.

el Estado Democrático («criterio de necesidad»). Volveremos sobre este aspecto al analizar la categoría material<sup>231</sup>, pero para justificar básicamente por ahora estas conclusiones, podemos decir que si a la categoría «persona pública» subyace la idea de control de la administración que hacen del poder público, las variables a tener en cuenta cuando se trate de ponderar la intensidad que puede tener este control serán distintas en el caso de los cargos representativos o cualquiera de los cargos políticos que el resto de las personas públicas, como es el caso concreto de los «funcionarios públicos». En el caso de los cargos representativos, la participación de la colectividad en su control tiene una función legitimadora de su poder. Por el contrario, la fuente de legitimación de los funcionarios está en la Ley que es el origen mismo del cargo (art. 103).

**Los funcionarios pueden también ser objeto de la crítica política o debate público** y, consecuentemente, la colectividad tiene fundada expectativa en esperar que ellos, al igual que los políticos electos, toleren injerencias o críticas que le molesten, inquieten o disgusten como cualquier otra «persona pública». Claro está que tampoco aquí la posición es la misma que la de aquél que ejerce un cargo representativo por lo que, como en todos los casos, el juicio de proporcionalidad definirá la legitimidad de una restricción. Pero estamos destacando aquí la importancia de este criterio inclusivo del Tribunal Constitucional, ello obedece a que en el ámbito nacional algunos tribunales inferiores han descartado que a los funcionarios públicos les resulte aplicable los parámetros de la categoría «persona pública» y, consecuentemente, puedan ser objeto de la crítica política o el debate público. La Audiencia Provincial de Jaén sostuvo que un sujeto que ostentaba el cargo de Jefe de Gabinete de la Presidencia de la Diputación [cargo de libre designación

---

<sup>231</sup> Véase en la página 153 y ss. «La categoría material: el decisivo interés público en razón de la materia».

pero entre funcionarios de carrera] «no tiene la consideración de persona pública a los efectos señalados de la preeminencia del derecho a la libertad de expresión»<sup>232</sup>. En otro similar pronunciamiento, la Audiencia Provincial de Cantabria afirmó que la Secretaria del Ayuntamiento debía quedar al margen del debate político, propio de la actividad de los distintos grupos políticos municipales, «debiendo ser considerada su posición como la de un funcionario público que, aún en pequeñas localidades, ejerce sus funciones con neutralidad política»<sup>233</sup>. En este último caso el Tribunal Constitucional estimó que la crítica a la función de la Secretaria del Ayuntamiento quedaba dentro del debate político y, consecuentemente, los límites de la crítica permisible debían ampliarse, en principio, también en su caso<sup>234</sup>. **En suma, el criterio invariable del Tribunal Constitucional es que todas las «personas públicas» pueden ser objeto de crítica política.** Según su interpretación la «crítica política» alcanza a sujetos que ocupan ámbitos de «neutralidad política», tal el caso de los funcionarios de la Administración (art. 103 CE)<sup>235</sup> y también del Rey (art. 56 y 168 CE), y los Magistrados, Jueces y Fiscales (art. 127.1 CE)<sup>236</sup>. La aparente incoherencia de la afirmación se disuelve si se tiene en cuenta que cuando el Tribunal se refiere a la «crítica política» (o «debate público») lo hace tomando a «lo político» como

---

<sup>232</sup> Audiencia Provincial de Jaén, 5 de octubre de 2000, Sentencia 487/2000.

<sup>233</sup> Audiencia Provincial de Cantabria, Sentencia 110/2006, de 14 de junio de 2006 (Fundamento de Derecho Segundo).

<sup>234</sup> STC 336/2008, de 27 de octubre de 2008 (FJ 3). Afirmó «Desde esta perspectiva, se puede deducir que concurre en este caso uno de los requisitos que la doctrina de este Tribunal ha delimitado como esencial para comprobar que el ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 d) ha sido legítimo, en particular el interés y relevancia pública de la información divulgada, pues atañe a personas que ejercen funciones públicas y versa sobre incidencias supuestamente acaecidas durante un proceso electoral, máxime en el reducido ámbito local de un municipio como el que nos ocupa. Ello amplía los límites de la crítica permisible, como también ha tenido oportunidad de afirmar este Tribunal en otras ocasiones (Así, STC 39/2005, de 28 de enero, FJ 5).

<sup>235</sup> Claro que como bien se indica cuando se dice que la burocracia ha de ser «apolítica», es en el sentido de «no partidista» (Román Masedo, Laura, *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, Ob. Cit., Pág. 21). Véase también nota al pie N° 490 en la página 276.

<sup>236</sup> En cuanto a esta posibilidad de incluir lo político en la labor de los jueces y los alcances que merece la prohibición del art. 127.1 CE, consideramos de interés el artículo de José Luís Brey Blanco, *Los Jueces y la Política- ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?*, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Complutense), N° Extra 0, 2004.

«participación en la res pública», esto es, apelando a la concepción clásica de inspiración griega para lo cual lo político consiste en compartir con lo demás ciudadanos la preocupación por el bien común. El debate público, o crítica política, tendrá por objeto «aquellas informaciones que contribuyen a incrementar la participación del ciudadano en la vida colectiva»<sup>237</sup>. Puede hacerse una «crítica política» de la labor del Rey o un funcionario porque esa opinión no evalúa, exclusivamente, disensiones partidistas, sino que, en términos más generales, refiere *cuestionamientos y opiniones sobre el modo en que se aspira y gestiona el poder público*. Lo político, es aquí, la «actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos»<sup>238</sup>.

También, en lo que respecta a los Magistrados, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la legitimidad de su crítica no puede ser constitucionalmente cuestionada, pues, «no difiere sustancialmente, en cuanto tal, de la que pueda dirigirse a otros profesionales, incluso los constituidos en autoridad, puesto que, aun reconociendo la posición de algún modo singular de los titulares de los órganos jurisdiccionales, sus actuaciones, en cuanto personas públicas, no pueden permanecer inmunes al ejercicio del derecho a la crítica que ampara la libertad de expresión (art. 20.2.1 CE, así como el art. 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma, 4 de noviembre de 1950)» (STC 46/1998)<sup>239</sup>. Admitir que la crítica alcanza a todas las «personas públicas» no impide reconocer que algunos sujetos, obligados a abstenerse de expresar determinados pareceres, merezcan una protección especial en su honor. Precisamente, se admitió que la crítica dirigida a los

---

<sup>237</sup> Bustos Gisbert, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción con la libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 279.

<sup>238</sup> Tal la acepción octava del término «político» en el Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición.

<sup>239</sup> STC 100/2001, de 26 de abril de 2001, FJ 2.

Tribunales de Justicia, por su posición de algún modo singular, debe evaluarse en forma distinta que la dirigida a otros poderes del Estado. Para alcanzar esta afirmación, el Tribunal Constitucional habló de «la especial consideración que al Tribunal Europeo de Derecho Humanos les merecen quienes ejercen la jurisdicción, en relación y con los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que garantiza el art. 10 del Convenio». Citando el caso «*Haes et Gisels c. Bélgica*» (TEDH, Sentencia 24 de febrero de 1997) se afirmó que «la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento, sobre todo cuando el deber de reserva impide a los Magistrados reaccionar», lo que autoriza ciertas restricciones de aquella libertad, incluidas aquellas «que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática», entre otros supuestos, «para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» en «la confianza del público». Por ello mismo, cuando la crítica afecta directamente al honor de los Jueces, éste queda «en posición distinta del de los particulares e incluso respecto del de otras autoridades por efecto de aquella necesidad de la confianza del público que es el fundamento de su *autoritas* social (Sentencia en el caso *Jersild*, de 23 de septiembre de 1994)<sup>240</sup>.

Igualmente, en lo que respecta al Rey, el Tribunal Constitucional estimó que su especial posición lo hace acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado. Esta «especial posición» viene dada porque su persona «no está sujeta a responsabilidad», al requerir sus actos de referendo «siempre» según lo dispone la Constitución (art. 56.3 CE) y de otro lado, porque su estatus lo regula la Norma Fundamental, caracterizándolo como «símbolo de la unidad y permanencia» y confiándole

---

<sup>240</sup> STC 110/2001, de 26 de abril de 2001, FJ 2.

el arbitrio y moderación del funcionamiento regular de las instituciones (art. 56.1) en orden a asegurarle una posición de neutralidad respecto de la contienda política<sup>241</sup>.

### 5.3.6. La categoría subjetiva «persona con proyección pública»

Sin bien en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional se mostraba confuso en cuanto a la discriminación de las categorías de lo público [«persona pública»/«persona de proyección pública»], es definitivamente con la **STC 99/2002** con la que se define el ámbito subjetivo de esta última. Del texto de esa señera sentencia se desprende que la categoría «persona con proyección o notoriedad pública» está conformada por tres subtipos de sujetos que han alcanzado «cierta publicidad» por diversas razones. A saber: **i)** «por la actividad profesional que desarrollan»; ó **ii)** «por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada»; ó **iii)** «que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan relevancia pública»<sup>242</sup>. Como también precisó el Tribunal Constitucional, estos individuos no tienen escisiones en su personalidad, en el sentido de que para un ámbito es pública y para otro es privada, pues su proyección pública en un determinado campo profesional no elimina un ámbito reservado de su vida, de forma tal que bien puede decidir mantener alejado del conocimiento de los demás otros aspectos de su privacidad. Por otro lado, cuando analiza los límites de la

---

<sup>241</sup> STC 213/2006, de 3 de julio de 2006, FJ 6.

<sup>242</sup> STC 99/2002, de 6 mayo, FJ 7. Manuel Medina Guerrero critica el uso del concepto de «personajes que poseen notoriedad pública», en especial cuando esa «notoriedad» obedece a un protagonismo circunstancial, en cuanto la califica como una definición defectuosa por exceso. Estima el autor que **se trataría siempre de una persona privada cuya trascendencia informativa reside única y exclusivamente en estar relacionado con el hecho públicamente relevante, lo que deja el asunto en un plano absolutamente objetivo o material**. Así, su incorporación a la categoría carece de sentido, toda vez que la utilidad de establecer un test subjetivo para coadyuvar a resolver los conflictos libertad de información/derechos de la personalidad estriba, precisamente, en que aporta al operador jurídico nuevos criterios, nuevos puntos de referencia, cosa que no se da en el caso (*La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 149/150).

protección, asimila a la «persona con proyección pública» con el «personaje público», en la inteligencia que unos y otros, por su actividad, asumen un mayor riesgo frente a la informaciones que le conciernen<sup>243</sup>. Tal es la nota común que, como grupo tocado por «lo público», exhiben.

Un buen ejemplo del tratamiento que se le da a esta categoría de «persona con proyección pública» es la STC 83/2002, de 22 de abril, ya que aglutina los más relevantes pronunciamientos sobre la misma. En ella se afirmó: «...el interés general no se halla en la importancia o trascendencia del reportaje sino que se trata de unos actos privados en que la persona, por los usos sociales y por el ámbito que mantiene reservado, se ha convertido en un punto de atención de los medios de comunicación y lo son por constituir motivo para importantes cambios financieros... No obstante, como declaramos en la STC 115/2000, FJ 5, si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida la esfera de su intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve aminorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 197/1991, F 4) (...) La notoriedad pública no le priva de mantener (...) un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.....las personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente, como se sostiene en la demanda, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión a la intimidad que implica la condición de figura pública. Que estos [derechos] se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta, es que cualquier información sobre hechos que les conciernen guarden o no relación con su actividad profesional (STC 231/1998), cuenten o no con su conformidad, presten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección...»<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.

<sup>244</sup> STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 7.



Para el Tribunal Constitucional, el personaje con proyección o notoriedad pública que ha alcanzado publicidad por la actividad profesional que desarrolla o bien por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, también asume un riesgo cuando decide desarrollar aquella actividad o exponer su vida al público, pero ese riesgo —a diferencia de los personajes públicos— nunca implica aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen. La extensión y eficacia de sus derechos de la personalidad sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Así, al menos, se infiere cuando en el tratamiento de esta categoría realiza una inversión del método o regla empleado. En efecto, en el caso del «personaje público» afirma —como principio— que en tanto sometido a la crítica y escrutinio de todos los ciudadanos, el contorno de sus derechos es distinto: hay una aminoración de la protección de sus derechos de la personalidad. En cambio, cuando se enfrenta a un «personaje con notoriedad pública», el principio que esgrime es que no hay aminoración de sus derechos. Para el TC la «persona con proyección pública» es como cualquier otro ciudadano excepto en que tan sólo no puede imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critiquen lo que ellos mismos han revelado o lo que se vincule directamente con su actividad profesional<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> La Sentencia paradigmática sobre este tema es la 134/1999, de 15 de julio (FJ 7). Se sostiene: «Puede ser cierto que doña María Antonia A., «Sara M. », sea un personaje con notoriedad pública, y, como tenemos dicho, estos personajes, que poseen tal notoriedad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, corren el riesgo de que, tanto su actividad profesional en el primero de los casos, cuanto la información revelada sobre su vida privada en el segundo, se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros. **Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad personajes públicos, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos** que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre, **sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular.** Con todo, en ninguno de los dos casos, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es, a todos los efectos, **un particular como otro**

Como regla de principio, el «personaje público» no tendría derecho a ser desconocido (su conducta, imagen y opiniones están sometidos al escrutinio de los ciudadanos) mientras que la «persona con relevancia o proyección pública» sí lo tiene, ella es básicamente como cualquier otro particular. No obstante, no encontramos en este particular desarrollo argumental una diferencia sino retórica.

### 5.3.7. La categoría subjetiva «persona privada»

Finalmente, para introducirnos en la tercera categoría («persona privada»), tomamos como referencia la STC 112/2000, de 5 de mayo, que en sus fundamentos precisa el ámbito conceptual diferenciado que corresponde a un «personaje público» y a una «persona privada». En este caso, los representantes de la entidad Difusora de Información Periódica, S. A. interpusieron recurso de amparo contra la Sentencia de fecha 21 de octubre de 1996, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, por la eventual lesión de sus derechos fundamentales a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar libremente información veraz (art. 20. 1 “a” y “d” CE, respectivamente) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El 12 de febrero de 1990 la revista Epoca publicó un artículo periodístico que se anunciaba como «Falcon Crest socialista, una turbia historia de amor, poder y dinero», acompañado en caracteres de menor tamaño, con los subtítulos: «Alfonso Guerra compró en Mojácar una casa de Antonio Bienvenida...Una historia de

---

cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (...) Así pues, el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan sólo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su propia fuente no justifique el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado».

amor, poder y dinero». Algunos de estos titulares se reproducían en el interior de la revista: «Falcon Crest socialista en Almería» (en caracteres mayores) «una turbia historia de amor, poder y dinero» (en caracteres menores). A continuación de ambos títulos, en un cuerpo separado del grueso del reportaje, y con distinta grafía, un párrafo señalaba que se sospechaba que en aquel tiempo el Vicepresidente del Gobierno, don Alfonso Guerra, estaba implicado en el ascenso económico y social de sus familiares y amigos, relatándose en el reportaje un nuevo episodio que así lo demostraría. En definitiva, en la nota periodística se mencionaba que la actora estuvo casada con el Vicepresidente del Gobierno de la Nación y que ello sirvió a su padre para ascender social, económica y políticamente. También constituye la denuncia de la posible existencia de un «tráfico de influencias» entre personajes de indudable relevancia política y pública y el padre de la supuestamente ofendida. Fue así que María Ángela Alarcón Torres, con ocasión de la publicación, formuló demanda por supuesta intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de los de Madrid contra el autor del artículo y los responsables de la revista y a la editora de la misma. La sentencia de primera instancia reconoció el carácter noticiable de la vida privada y la relación sentimental de quien fue la actora de la demanda ante la jurisdicción civil con un tercero, dada: **i)** la condición de personaje público de su pareja; **ii)** la relevancia pública de los hechos narrados; y **iii)** la menor trascendencia pública de los relativos a la vida privada de la ofendida. Así, concluyó que los hechos denunciados, en sí mismos considerados, no atentaban contra su intimidad u honor. El Tribunal Supremo, por su parte, consideró que el reportaje incluía expresiones lesivas al honor de la ofendida [vgr. expresiones tales como «hijo ilegítimo», «prendada y preñada», entre otras]. Los acusados o demandados (periodista –autor material– y responsables de la revista y de la editora –responsables jurídicos–) recurrieron al Tribunal Constitucional por entender que la Sentencia del Tribunal Supremo

había vulnerado sus derechos a la libertad de expresión y a comunicar libremente información y su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión. Según su entender, esas palabras no eran más que licencia periodísticas con vocación de formar una opinión. Los recurrentes en amparo argumentaron también, contra la sentencia de casación, el no haber efectuado una adecuada ponderación, acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, entre los derechos a expresarse libremente y a comunicar libremente información veraz y el derecho al honor. A su juicio, la Sentencia del Tribunal Supremo había hecho una errónea ponderación de aquellos derechos fundamentales en tanto partía de una comprensión de los mismos que no estaba en sintonía con la sentada por el Tribunal Constitucional, más proclive a la protección de la libre formación de la opinión pública, imprescindible en el debate político de una sociedad democrática, que a limitar ese espacio. **Al resolver el caso el Tribunal Constitucional definió el canon que debe regir en todo asunto en el que entren en juego los derechos de la personalidad de un «personaje público» y de una «persona privada».** Una vez más, reconoció como «personaje público» a todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, sin hacer distinción de la clase del poder ejercido. Esta especial categoría de sujetos – sostuvo– pueden ver limitado su derecho al honor o intimidad con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura<sup>246</sup>. Sin embargo, **siempre será imprescindible, que lo divulgado o la crítica vertida se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es necesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público.** Fuera de este caso ese mismo personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o

---

<sup>246</sup> Se citan las SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7.

informaciones lesivas del art. 18 CE<sup>247</sup>. Pero distinto es el canon a aplicar para el caso de que la información y las opiniones volcadas en un reportaje tengan por objeto a una persona privada, y más aún si se hace referencia a sucesos propios de su vida privada, carentes de toda relevancia pública o, de estar implicados en un asunto dotado de tal relevancia, cuando lo narrado y, en consecuencia, las opiniones vertidas al hilo de lo que se narra, que nada tengan que ver con los sucesos de interés público en los que pudo verse implicado o afectado, o su conexión con los mismos es puramente circunstancial e irrelevante. En estos casos (conflicto del derecho de la personalidad de una persona privada) **quien informa y opina, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice del mismo es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da.** Se entiende entonces que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional, **la persona privada, sin notoriedad ni relevancia pública alguna, es objeto de una más amplia protección**<sup>248</sup>. En suma, cuando se trata de una persona privada involucrada en un suceso de relevancia pública, de la que se comunican «hechos que afectan a su honor o a su intimidad manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés del público de la información»<sup>249</sup>, la difusión de ese dato carece pues de la relevancia pública necesaria para atribuirle valor alguno en la formación de la opinión pública, por lo que un trabajo

---

<sup>247</sup> Se citó: SSTC 76/1995, de 22 de mayo; 3/1997, de 13 de enero; 134/1999, y SSTEDH, caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979; caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986; caso *Schwabe*, de 28 de agosto de 1992; caso *Praeger y Oberschlick*, de 26 de abril de 1995; caso *Tolstoy Miloslavski*, de 13 de julio de 1995; caso *Worm*, de 29 de agosto de 1997, y caso *Fressoz y Roire*, de 21 de enero de 1999.

<sup>248</sup> Avilés García, Javier, *Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen*, Revista La Ley (Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía), N° 3, Año 1989, Págs. 845-849.

<sup>249</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, FJ.8.

(periodístico) que menciona ese contenido no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 de la CE<sup>250</sup> (FJ 8).

#### 5.4. La exigencia acumulativa: categoría subjetiva más categoría material

La utilización de las categorías subjetivas por parte del Tribunal Constitucional recibió alguna crítica en la doctrina. Para García San Miguel este criterio de clasificación conlleva la propuesta radical de que «el hombre público no tiene vida privada y el hombre privado no tiene vida pública»<sup>251</sup>. Según su opinión, el sistema *subjetivo* parte de la distinción entre lo que, en la terminología anglosajona, suele llamarse *public officials* y *public persons*, por un lado, y *private persons*, por el otro. Traduciríamos estas expresiones por *cargo público*, *persona pública* y *persona privada*, respectivamente. Entre los dos primeros existe una clara diferencia que, a veces, suele pasarse por alto, englobándose en el concepto de persona pública. El *public official* es el servidor del Estado, esto es, quien ocupa un puesto político o trata de ocuparlo (ejerciendo la actividad política) y también, aunque esto no está tan claro, el funcionario. En cambio, la *public figure*, es, en algunos casos, quien tiene capacidad para influir en los asuntos públicos, como pudiera ser el caso del famoso o de quien, ocasionalmente, encabeza un movimiento de protesta. La respuesta moderada vendría a decir que el hombre público no carece completamente de vida privada, aunque la tenga más reducida o limitada. Esto resulta –según su opinión– muy impreciso y plantea inmediatamente una cuestión de límites ***¿hasta dónde es posible penetrar en la vida de un hombre público y hasta dónde alcanzar la protección de la intimidad de la***

---

<sup>250</sup> STC 121/2002, de 20 de mayo, FJ. 5 que cita SSTC 105/1990, de 6 de junio FJ. 8 y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 5.

<sup>251</sup> García San Miguel, Luís, *La intimidad como límite de la libertad de expresión*, En Estudios sobre el Derecho a la Intimidad, Ob. Cit., Pág. 23.

**persona privada?** Según este autor no hay respuesta fácil. Para resolver la cuestión habría que echar mano de algún criterio complementario. Por otra parte, y esto es decisivo, desde el momento en que reconocemos que el hombre público tiene vida privada (aunque sea poca) y que la persona privada tiene algún grado de vida pública, estamos poniendo en cuestión la distinción entre estos dos tipos de personas, pues habrá que concluir que todos somos, en cierto sentido, personas públicas y, en otro, personas privadas. Todos incorporamos esta doble condición justamente por ello tenemos algún grado de vida pública y de vida privada<sup>252</sup>.

Si disentimos con la postura de García San Miguel es precisamente porque no tiene en cuenta un aspecto verdaderamente crucial en lo que respecta a la legitimidad/ilegitimidad de las injerencias en los derechos de la personalidad y que consiste en que **no es la «categoría subjetiva» en sí misma, ni fundamentalmente, la que justificaría aquellas injerencias, sino el interés público, en la persona y en la materia conjuntamente, el que explicaría hasta dónde es posible penetrar en la vida de un hombre público y hasta dónde alcanzar la protección de la intimidad de una persona privada. El «criterio complementario» que reclama García San Miguel no es sino el «criterio fundamental» de la existencia de un «interés público» que encontramos expresado como tal por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma constante.** A diferencia de lo que sucede con el derecho al honor que atiende al criterio de la «veracidad», en el caso del derecho a la intimidad el único análisis que resulta trascendente es el del interés general que encierran los datos difundidos<sup>253</sup>. En todo caso se exige justificar el «interés público» en la información u opinión divulgada, por las materias a que se refieren y por las personas que intervienen. **Identificamos a este requisito como**

---

<sup>252</sup> García San Miguel, Luís, *La intimidad como límite a la libertad de expresión*, Ob. Cit. Págs. 23-35

<sup>253</sup> En el caso de la protección del derecho a la intimidad, la «veracidad» sólo es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2).

«**exigencia acumulativa**». En efecto, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional Español, en el caso de las «personas públicas», que sólo cuando la información: **i)** verse sobre asuntos en los que por razón de su objeto resulta de interés colectivo o general; y **ii)** se refiera a personas que, en razón de su dimensión pública determinada por su cargo, ocupan no sólo la función representativa, sino que ejercen la administración del poder público, habrá una preeminencia del derecho a la información y la intromisión en la intimidad queda justificada<sup>254</sup>. Adviértase también que ya la STC 107/1988, de 8 de junio (FJ 2), identificada como la primera que recoge la categoría «persona pública»<sup>255</sup>, habla también de asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, recogiendo así este criterio de acumulación necesaria de la categoría subjetiva y material. Esta exigencia jurisprudencial, resultado de la ponderación de los alcances de los arts. 18.1 y 20.1 de la CE, coincide con las exigencias del la LO 1/1982, de 5 de mayo, que en su Preámbulo hace alusión a esta categoría material cuando afirma que «Los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados» pues «en primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas», con clara referencia a lo preceptuado en el art. 2.2. También en el Preámbulo de la norma se hace referencia a que «existen casos en que (las) injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley».

Ahora bien, para definir qué se entiende por interés público de una información u opinión, debemos tener en cuenta que está polarizado en dos aspectos: el interés público

---

<sup>254</sup> Acompaña este criterio la Resolución N° 428 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, en tanto afirma que «das personas que desempeñan un papel en la vida pública tienen derecho a la protección de su intimidad, salvo en el caso en que ella pueda tener incidencias sobre la vida pública»

<sup>255</sup> Véase en la página 123.



«por la persona» (categorías subjetivas) y el interés público «por la materia» (categoría material). El interés público en razón de la persona nos remite a las «categoría subjetiva». Como vimos cada vez que el Tribunal Constitucional se dispone a evaluar la legitimidad de limitaciones a los derechos de la intimidad, honor y propia imagen, a causa del ejercicio de las libertades del art. 20.1 “a” y “d” indaga, en primer lugar, si se está frente a una persona pública o privada. Casi invariablemente la fórmula será: «deberá tenerse en cuenta el carácter público o privado del ofendido». Como se explicó, para el Supremo Intérprete hay interés público, en su aspecto subjetivo, cuando la información u opinión en cuestión tiene por objeto a una persona pública, definida con la amplitud conceptual [i.e. sujeto que ejerce el poder o aspira a conseguirlo] o bien una persona con notoriedad o proyección pública.

### **5.5. La categoría material: el decisivo interés público en razón de la materia**

Más allá de encontrarnos con que la opinión o información se enfoca en una «persona pública», a la hora de evaluar las injerencias en los derechos de la personalidad, lo subjetivo debe presentarse unido a lo material, y este elemento material [interés público en la materia] será el decisivo. Grimalt Servera marca esta trascendencia de lo material sobre lo subjetivo al afirmar que «posiblemente, lo primero que haya que plantearse es si una información puede tener trascendencia para la sociedad (o en el seno de la comunidad en la que se divulga la noticia) y contribuir a la formación de la opinión pública y, además, afecta a personalidades públicas que ejercen funciones públicas (...) ya que si se dan estas dos circunstancias se podrá afirmar sin duda que se cumple con el primero de los requisitos para que prevalezca la libertad de información sobre los derechos del artículo 18 de la

Constitución: la relevancia pública de la información»<sup>256</sup>. **El elemento clave para determinar si ha habido o no una intromisión ilegítima en la intimidad de las figuras o personajes públicos es el dato objetivo de la relevancia pública de lo divulgado, así como que su relevancia esté justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa o del interés legítimo del público en su conocimiento.** Esta precisa línea de interpretación es la que ha marcado el Tribunal Constitucional desde la STC 197/1991, de 17 de octubre, al sostener que «en cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad la excepción de veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su «revelación» resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento» (FJ 3)<sup>257</sup>.

Lo primero que debemos preguntarnos es *¿qué se entiende por interés público?* Puesto a concretarlo desde una perspectiva material, **el Tribunal Constitucional ha presentado definiciones tautológicas:** la palabra «interés público» es definida por otras análogas, tales como «interés general», «relevancia pública», «asunto público» y «hechos que afectan al conjunto de los ciudadanos». De esta carencia de precisión da muestra la **circularidad** de la Sentencia 134/1999, de 15 de julio de 1999 (FJ 8), que el propio

---

<sup>256</sup> Afirma también: «Con todo, debe resaltarse que la libertad de información no está para satisfacer la simple curiosidad ajena» (Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 86-87).

<sup>257</sup> El criterio es reiterado por la STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3 [afirma « el elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa –por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrada, como antes se ha dicho– pues es dicho elemento el que le convierte en noticia de general interés. Con la consecuencia de que, en tal caso, el ejercicio del derecho a comunicar libremente información gozará de un carácter preferente sobre otros derechos, incluido el derecho al honor, pues contribuye a la función institucional que aquél cumple en una sociedad democrática]. En el mismo sentido las SSTC STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8 y 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, entre otras.

Tribunal suele citar como ejemplo de su acervo doctrinal<sup>258</sup>. En ella se afirma que «una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos» (FJ 8)<sup>259</sup>. Así el TC se **ha mantenido en definiciones circulares que no fijan con exactitud de qué habla cuando habla de lo público**. Es común encontrar la afirmación de que se trata de hechos que afectan al conjunto de los ciudadanos en general y cuya divulgación contribuye a la formación pública<sup>260</sup>. En esta misma línea de indefinición, esta vez por la negativa, el Tribunal Constitucional afirmó en la STC 139/2001, de 18 de junio de 2001 (FJ 5) que no es de interés público aquello que «no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista en este caso al atribuir valor noticioso a la publicación de las repetidas imágenes, el cual no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional». Indudablemente, una definición que nos lleve por una cadena de terminologías no resulta útil. Es una premisa básica que en las definiciones lo definido no puede entrar en la

---

<sup>258</sup> STC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 8, por todas.

<sup>259</sup> Se afirma en la STC 134/1999, de 15 de julio de 1999 (FJ 8): «La recurrente ha tratado de fundar la relevancia pública de la información transmitida en el interés periodístico que la misma tenía tanto por los hechos como por las personas a las que estaban ligados; esto es, en su cualidad de noticiosos. Pues bien, **no debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar que sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena** (STC 20/1992, fundamento jurídico 3º). **El art. 20.1 d) CE, al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que componen el público en general, sino el interés colectivo en la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso** (SSTC 105/1983; 159/1986 y 168/1986). **Una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos, no por narrar los detalles relativos a una adopción y a sus protagonistas**. Aun en el caso de que se convenga en que la existencia de un proceso judicial sobre la presunta existencia de una red de compraventa de menores sea un asunto dotado de dicha relevancia pública, y al margen de que no es éste el asunto sobre el que versan los reportajes periodísticos en cuestión, tal circunstancia no justifica, por absolutamente innecesario, revelar información sobre dos menores cuya única relación con tan desagradables hechos es que, quien dice ser su madre biológica, está implicada en ellos».

<sup>260</sup> 160/2003, de 15 de septiembre de 2003, FJ 6.

definición. Es así que el «interés público» no debería estar definido en base a otro término paralelo, máxime cuando cumple con la importante tarea de intervenir para resolver la legitimidad o ilegitimidad de una injerencia en derechos fundamentales de rango constitucional. Coincidimos entonces con la opinión de Medina Guerrero en cuanto a que, aunque es una constante conectar el derecho fundamental a la intimidad [y el honor y la propia imagen] con la formación de la opinión pública, apenas pueden identificarse en la jurisprudencia constitucional intentos de definir en términos abstractos cuándo una información puede considerarse de relevancia pública. De entrada hay que comenzar por señalar que entre ambos conceptos [relevancia pública – interés público] no se establece distinción alguna, de suerte tal que puedan emplearse indistintamente cómo si fueran términos sinónimos. A lo sumo en la jurisprudencia constitucional hallamos referencias tan vagas como que merecen tal consideración aquellos asuntos «importantes a la vida común» (STC 3/1997, FJ 2ºb), o los «hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos» (STC 115/2000, FJ 9º). En definitiva, lo que sea información de relevancia pública es un concepto que parece resistirse a ser aprisionado en fórmulas apriorísticas de validez universal, siendo por ende aprehensible sobre todo de forma casuística<sup>261</sup>. Pensamos entonces que para alcanzar una aproximación al concepto de «interés público» deberíamos hacer al menos algunas concreciones. Renunciando al análisis de la categoría material, en relación con todos los tipos de personas, nos centramos en resolver ***¿qué se entiende por «interés público» en el caso de las «personas públicas»?***

Es doctrina del Tribunal Constitucional que aún cuando nos enfrentemos a noticias u opiniones relativas a «personas públicas», **lo divulgado o criticado deberá referirse**

---

<sup>261</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Págs. 110-111.

**siempre, directa y evidentemente al ejercicio de sus funciones**<sup>262</sup>. Cuando la conexión entre persona y materia es directa o inmediata, no puede el individuo oponer sin más sus derechos de intimidad, honor y propia imagen. Saber cómo se ejerce la justicia en el país, cómo se administran los fondos públicos o con qué criterios se gestionan las dietas de los altos cargos, son temas que interesan a todos los ciudadanos, por la persona a la que se refieren (en todos estos casos habrá un titular del derecho de la personalidad que ocupa un cargo público) y por la materia que tratan. Hay una necesidad de control, de saber cómo se gestiona el poder en nombre de los ciudadanos<sup>263</sup>. De no constatarse esta conexión entre persona y materia, no es posible sostener la legitimidad de una intrusión en el derecho a la intimidad. La conclusión necesaria es que no toda información sobre una persona pública podrá ser divulgada: el hombre público tiene vida privada y, por tanto, no es posible nunca pensar a su respecto en términos de publicidad «absoluta» o «universal» ni siquiera en cuestiones que sucedan fuera del ámbito más íntimo. Si no se da la «exigencia acumulativa» del interés público, no es posible divulgar ni siquiera datos inanes, lo que responde perfectamente a la idea de un «derecho a poseer una intimidad elegida».

**El «criterio de conexión» del dato divulgado o lo opinado con el interés público parece ser el adoptado de forma constante por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la categoría de «personas públicas»**<sup>264</sup>. Coincide con esta apreciación Medina Guerrero cuando afirma que «la jurisprudencia constitucional

---

<sup>262</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7.

<sup>263</sup> STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

<sup>264</sup> SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7; 148/2001, de 27 de junio, FJ 6; 54/2004, de 15 de abril, FJ 3. **Por cierto, de este «criterio de conexión» ya nos hablaban Warren y Brandeis** cuando afirmaban que «Así pues, por regla general, los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, que busca o para el que es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público». Véase en la página 43.

convierte, así, a la conexión del dato privado con la actividad pública en cuestión en el elemento central para determinar la licitud de su divulgación. Criterio que ha sido igualmente destacado en la jurisprudencia constitucional alemana: «...los cargos elegidos democráticamente, aunque están obligados a rendir cuentas públicamente de su gestión y en esa medida deben consentir la atención pública, no han de rendir cuentas sin embargo de su vida privada, a menos que afecte al desempeño del cargo»<sup>265</sup>. En el mismo sentido, apunta Bustos Gisbert que también en el caso de los servidores públicos o personalidades políticas debe existir un ámbito protegido por el derecho a la intimidad frente a intromisiones en la misma, en nombre de la libertad de información. Parece razonable pensar que se violaría el derecho a la intimidad cuando lo difundido no tiene ninguna relación con el cargo o función que desarrolla, es decir, en aquellas informaciones que no contribuyen en modo alguno a incrementar la participación del ciudadano en la vida colectiva. El carácter público de la persona incluida en la información no es un criterio suficiente para la definición de noticia; será necesario, además, conectar esa condición del sujeto con un elemento objetivo, el carácter público de los hechos de referencia<sup>266</sup>.

Pero, más allá de este interés en la gestión del poder público, lo cierto es que tratándose de «personas públicas» (especialmente si ocupan cargos representativos) deberán tolerar no sólo que se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino sobre lo que digan o hagan al margen de la misma, siempre que tenga – como dijimos– una directa y evidente relación con el desempeño de su cargo<sup>267</sup>. **Este**

---

<sup>265</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 148. Se cita BVerfGE 101, 361, 383.

<sup>266</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 279.

<sup>267</sup> SSTC 148/2001, de 27 de junio de 2001 (FJ 6); 232/2002 de 9 de diciembre de 2002 (FJ 4), 54/2004, de 15 de abril de 2004, FJ 3.

**interés público en la divulgación de datos que mira más allá de lo que sucede en el «despacho» del cargo, fue sostenido en la STC 192/1999, de 25 de octubre (FFJJ 7 y 8)** en la que se afirma que «los denominados personajes públicos (...) deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, **sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos**». El criterio fue mantenido invariablemente y se reiteró en las posteriores SSTC 148/2001, de 27 de junio de 2001 (FJ 6); 232/2002 de 9 de diciembre de 2002 (FJ 4), 54/2004, de 15 de abril de 2004 (FJ 3). Y si se insiste aquí en la exigencia de una «conexión directa y evidente» con el desempeño de la función, ello obedece a que será tema de un análisis más profundo en ocasión de evaluar la especial modulación del derecho a la intimidad en el concreto caso de los altos cargos. Allí nos preguntaremos qué puede saberse y opinarse de estos sujetos que ocupan los puestos jerárquicos de la Administración Pública. Adelantándonos en algo podemos afirmar que en definitiva el alcance de la protección merecida será el resultado de un «juicio de proporcionalidad».

La jurisprudencia constitucional nos deja claro que la «persona pública» recibe menos protección en su intimidad que el resto de los ciudadanos. En cualquier caso, toda alegación a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), a criterio del TC carece de entidad, porque la diferencia de trato entre un alto cargo o gobernante de otras figuras públicas, como es el caso de un funcionario, radica precisamente en las diferencias entre la actividad política respecto de otras en una sociedad democrática. Como sabemos, para el Tribunal Constitucional el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 CE hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un

tratamiento diverso. Otra interpretación basada en la generalidad nos llevaría a confundir «igualdad» e «identidad». Es decir, en todo caso el contenido de los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE) vendrá establecido respecto de relaciones jurídicas concretas, requiriendo que respondan –cuando de alegación comparativa se trate– sustancialmente a los mismos supuestos de hecho y que no se fundamente en el cambio de criterio del juzgador, el cual puede evolucionar razonablemente. Esta posición se aprecia claramente cuando se proyecta sobre los derechos de honor, intimidad y propia imagen<sup>268</sup>. Aunque prime el principio de que «toda persona es igual ante la ley», a la hora del enjuiciamiento de los alcances de la protección de esos derechos han valorarse otras circunstancias, tales como el carácter público o privado de la persona, los propios actos y el interés público en lo opinado o divulgado, fundamentalmente. Cuando haya de enjuiciarse la violación a alguno de esos derechos deberá acudir al «juicio de proporcionalidad» y en esta evaluación, como veremos, no están en «identidad» de circunstancias todas las personas públicas y básicamente la diversidad de trato responderá a la diferencias en la intensidad de control que el «interés público» reclama. Bien distinta es la situación de un gobernante que gestiona una importante cuota del poder público cuya gestión es imprescindible controlar, que la de un candidato electo respecto del cual interesaría saber si la imagen de austeridad en el manejo de sus negocios privados que ofrece a sus votantes es cierta, que la de un funcionario público dedicado a tareas administrativas y que, particularmente, no está facultado para tomar decisiones discrecionales. La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia y con él se persigue posibilitar, primero, que las

---

<sup>268</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Págs. 383-384.



diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garantizar, después, el ejercicio de tales diferencias<sup>269</sup>.

Si recurrimos a la lectura de los casos resueltos por **el Tribunal Constitucional para sondear qué interpreta como materia de interés público cuando el objeto de la información u opinión es una persona pública, constataremos que catalogó como tales a: i)** toda crítica política, fundamentalmente<sup>270</sup>; **ii)** la forma en que los miembros del Poder Judicial cumplen con su deber jurisdiccional<sup>271</sup>; **iii)** las posibles irregularidades en la atribución de fondos públicos<sup>272</sup>; **iv)** la actuación de un cargo público en cuanto a la forma en que ejerce su función, específicamente, la recaudación de impuestos<sup>273</sup>; **v)** la actividad profesional de un integrante de un Claustro Docente Universitario, órgano de una «centenaria Universidad, ligada por la historia a la vida cotidiana y al desarrollo cultural de la ciudad»<sup>274</sup>; **vi)** dentro de la tarea fiscalizadora que corresponde a la oposición, las imputaciones dirigidas a un Alcalde como crítica de su gestión de los asuntos municipales en una concreta actuación administrativa<sup>275</sup>; **vii)** la actividad profesional del Presidente de una Federación Deportiva Nacional<sup>276</sup>; **viii)** la acusación de intervenir en el tráfico de armas y automóviles<sup>277</sup>; **ix)** lo vinculado a la tramitación de un expediente administrativo de renovación de una concesión pública y, en definitiva, todo aquello que repercute en la

---

<sup>269</sup> Véase en la página 27.

<sup>270</sup> STC 104/1986, de 17 de julio.

<sup>271</sup> SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 173/1995, de 21 de noviembre.

<sup>272</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 7.

<sup>273</sup> STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 6.

<sup>274</sup> STC 76/1995, de 22 de mayo.

<sup>275</sup> STC 19/1996, de 12 de febrero, FJ 4.

<sup>276</sup> STC 3/1997, de 13 de enero, F 7.

<sup>277</sup> STC 144/1998, 30 de junio, FJ 3.

formación de la voluntad del cuerpo electoral<sup>278</sup>; **x)** la gestión llevada a cabo por un simple funcionario, como puede ser el Secretario de un Ayuntamiento<sup>279</sup>; **xi)** la actividad (permuta de terrenos) decidida por el Rector de una Universidad<sup>280</sup>; **xii)** la adjudicación de un servicio público a favor de una empresa<sup>281</sup>; **xiii)** la posible participación de un ex ministro (y su amante) en el delito de tráfico de influencias<sup>282</sup>; **xiv)** la acusación de comisión de delito fiscal cometido por funcionarios recaudadores<sup>283</sup>; **xv)** la posible utilización de testaferros para ocultar un enriquecimiento ilícitamente obtenido<sup>284</sup>; **xvi)** la actuación policial en un desalojo forzoso<sup>285</sup>; y **xvii)** la emisión irregular de visados<sup>286</sup>.

Es importantísimo que destaquemos también que **el Tribunal Constitucional interpretó que la vinculación familiar del sujeto involucrado en la información con una «persona pública» puede hacer, según el caso, que una noticia también adquiera relevancia pública**, como sucede con la noticia que da cuenta de la posible ideología xenófoba del hijo de un Concejal. En el supuesto se reconoció la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos contrarios a los valores constitucionales ocurridos en el contexto de una campaña electoral<sup>287</sup>. Si una deducción podemos extraer

---

<sup>278</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7.

<sup>279</sup> STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6.

<sup>280</sup> STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 7. La sentencia recuerda que la Universidad se acerca más al modelo de las corporaciones pues se gobierna por la propia voluntad interna de sus miembros y se estructura conforme a los modelos de representación democrática.

<sup>281</sup> STC 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 6.

<sup>282</sup> STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3.

<sup>283</sup> AUTO 16/2006 de 18 de enero, FJ 3. Se agrega también que la relevancia pública parece indiscutible en tanto tuvo un indudable interés para el público «reconociéndose que generó una avalancha de manifestaciones de políticos y sindicalistas, dato éste de relevancia pública que tampoco discute el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones» (FJ 3).

<sup>284</sup> STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 9.

<sup>285</sup> STC 27/2007, de 16 de abril, FJ 5.

<sup>286</sup> STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3.

<sup>287</sup> STC 29/2009, de 26 de enero de 2009.

de todos estos datos que acabamos de exponer, es que para el Tribunal Constitucional **lo público, cuando de «personas públicas» se trata, es aquello que afecta a todos los ciudadanos<sup>288</sup> pero con la singularización de consistir en hechos de trascendencia política<sup>289</sup>. Cuando se trata personas que ejercen el poder o aspiran a él, el interés público conecta directamente con la opinión pública y la participación ciudadana, componentes esenciales del sistema político.** Hay aquí una ineludible conexión entre la «cláusula del Estado Democrático» que se recoge en el artículo 1 de la CE con el párrafo segundo de este mismo artículo en cuanto afirma que «La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del estado». Aquí está, precisamente, la idea de que todo poder político tiene su origen y fundamento en el pueblo y que el proceso de formación de la voluntad política se desarrolla, en principio, de abajo hacia arriba y en beneficio, justamente, del pueblo. Se sigue de ello que los ciudadanos no son meros objetos sino verdaderos sujetos de la actividad política y que su participación no sólo está en la toma de decisiones sino, en la actividad de control. Cuanto mayor sea la participación de los ciudadanos en el control de sus gobernantes, mayores cuotas de democracia se alcanzarán. Estos aspectos son destacados por el Tribunal Constitucional al menos desde la STC 6/1981, de 16 de marzo en cuanto estima que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin

---

<sup>288</sup> En la STC 192/1999, de 25 de octubre de 1999 se refiere «es en ese debate público sobre el ejercicio del poder público, es decir, sobre los **asuntos que son públicos porque afectan a todos los ciudadanos**, y en el que en esta ocasión también intervino el Alcalde de A Coruña, señor V. , en defensa de la legalidad de lo hecho, mediante la nota publicada en la prensa regional aclarando diversos extremos sobre el expediente administrativo de renovación de la concesión del aparcamiento subterráneo a la empresa representada por el tercero en cuestión, donde se **forma la opinión colectiva sobre quienes lo administran**, lo que repercute en la misma formación de la voluntad del cuerpo electoral y en último término en la voluntad del propio Estado, que expresarán , justamente, aquellos que han accedido a un cargo público»

<sup>289</sup> En concordancia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2004 afirma que «para que pueda proclamarse la prevalencia del derecho a la información sobre la protección al honor, la intimidad y la propia imagen se requiere en general (además de tenerse en cuenta las circunstancias específicas de cada caso concreto) que la noticia publicada (además de su veracidad, que aquí nadie discute) verse sobre hechos de interés general con trascendencia política, social y económica» (FJ 6).

la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (FJ 3). El argumento es reiterado en la conocida sentencia del Alcalde de Soria (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ quinto) y finalmente, en la también referida STC 107/1988, con la que se inaugura la categoría de «persona pública», se hace esta vinculación directa al sostener que «el valor preponderante de las libertades públicas del artº 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo de eficacia justificadora frente al derecho al honor» (FJ 1).

Un asunto es público, en lo que respecta a las «personas públicas», porque afecta al «autogobierno democrático», vinculado directamente con la materia política. **Nuestra tesis es, en definitiva, que en el caso de las «personas públicas» el *interés público* no puede sino remitir a un *interés político*, que describimos como un «interés público» especial. A la categoría material resultante la identificamos como «interés público-político».**

Para justificar nuestra postura, comenzaremos por señalar aquello que no es de «interés público» y, por tanto, tampoco «interés político». **Materia de interés público no es, en lo que respecta a los sujetos que gestionan el poder estatal o poseen relieve político, «lo conocido por un número significativo de personas», ni tampoco «lo que**

interesa a muchos», ni «lo que despierta curiosidad o entretiene»<sup>290</sup>. Nada de esto tiene que ver con el rol que las personas públicas eligieron ocupar en la sociedad (Cfr. «teoría del sometimiento al rol elegido»). Tampoco conforma el elenco de riesgos posibles propios de su función y, por ello, voluntariamente asumidos (Cfr. Teoría de la asunción voluntaria del riesgo)<sup>291</sup>. **Muchas palabras tienen connotaciones equívocas que pueden confundirnos. El concepto de interés público sugiere, aunque reprochablemente, la idea de «interés del público» que la doctrina ha explorado y cuestionado de buen grado. Toda lectura retrospectiva queda descartada, en el**

---

<sup>290</sup> Queda extramuros de la libertad de información la divulgación de datos cuyo único interés reside en que despiertan la curiosidad ajena. Debe reconocerse que en contrario a esta línea de interpretación, se ha afirmado que *interés público*, no se identifica con un interés político, económico, científico o cultural y que también merece reconocimiento el interés de la sociedad en mantenerse entretenida. La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Resolución 400/2009, de 12 de junio) en su Fundamento Jurídico tercero sostiene: «En cuanto al interés informativo protegible con arreglo al art. 20.1 a) de la Constitución, la misma sentencia señalaba que "no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural", pues también "existe el género más frívolo de la información de espectáculo o entretenimiento", y entender lo contrario "equivaldría a que los medios no dedicados estrictamente a la información política, científica, cultural o económica sólo pudieran publicar imágenes consentidas por sus protagonistas, lo cual no resulta compatible con la excepción que contempla el art. 8.2 a) LO 1/82 ni tampoco con la relevancia que el art. 2.1 de la propia Ley Orgánica atribuye a los usos sociales para delimitar la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen». Justificando también el lugar que merece el «entretenimiento» en la libertad de información y opinión [art. 20.1 "a" y "d"] aparece uno de los votos particulares de la referida Sentencia del TEDH (caso Hannover vs. Alemania) por el que se reconoce el acierto con el que el **Tribunal Constitucional Federal Alemán al reconocer la garantía de "entretenimiento" como resultante de la Ley Fundamental**. En su sentencia recurrida había dicho que «...El hecho de que la prensa esté investida de una función de formación de opinión no tiene como efecto excluir al entretenimiento de la garantía funcional resultante de la Ley fundamental. La formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos. Los reportajes con intención de entretener también juegan un papel en la formación de opinión. En ciertas circunstancias, pueden incluso estimular o influir en la formación de opinión más de lo que lo harían las informaciones puramente fácticas. Por lo demás, se puede observar en el universo de los medios de comunicación una creciente tendencia a suprimir la separación entre la información y el entretenimiento, tanto desde el punto de vista de los productos de prensa considerados de forma global, como en el plano de los reportajes individuales, y a difundir la información de forma divertida o a mezclarla con entretenimiento ("**infotainment**"). En consecuencia, muchos lectores extraen las informaciones que les parecen importantes o interesantes de reportajes de entretenimiento (...). No obstante, tampoco se puede negar al mero entretenimiento alguna relación con la formación de opinión. Ello equivaldría a suponer de forma unilateral que el entretenimiento satisface simplemente los deseos de disipación y de distensión, de huir de la realidad y de distracción. Ahora bien, el entretenimiento puede igualmente mostrar imágenes de la realidad y ofrece temas de debate a los que poder sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento; cumple en esta medida unas funciones sociales importantes (...). Medido por la vara de la finalidad que constituye la protección de la libertad de prensa, el entretenimiento en los medios de comunicación no es pues desdeñable ni carece de todo valor y entra por tanto también en el campo de aplicación de los derechos fundamentales (...).» La opinión concordante del Señor Cabral Barreto en la sentencia Hannover vs. Alemania afirma que «el interés general no puede restringirse al ámbito político» y que «para medir el interés público por su persona, basta con observar la importancia que los medios de comunicación dedican a su vida pública o privada». Véase también en la página 189 y ss.

<sup>291</sup> Ello no quita la posibilidad de autodeterminación en virtud de la cual cualquier sujeto, ciudadano, político, magistrado o funcionario, puede decidirse por formar parte del espectáculo, el entretenimiento o despertar la curiosidad, asumiendo en este caso sus consecuencias.

sentido de que no merece considerarse como de interés público lo que se ha difundido o publicado, lo que la gente demanda conocer o lo que es de interés del público<sup>292</sup>. La «opinión o información publicada» no determina lo que es de «interés público». Para que se de ese pasaje lógico debe mediar una operación de análisis del caso objetivo, con absoluta independencia del reclamo del mercado<sup>293</sup>. Suele ocurrir que se ponga el acento en la afirmación de que hay que ofrecerle al ciudadano todo lo que sea de interés público y el periodista es quien ha de determinar lo que tiene ese carácter. Para esta postura el interés público es el interés del público y el periodista es el intérprete más cualificado de ese interés. Como señala García San Miguel, se comprende que las empresas periodísticas traten de evitar barreras a la información, pues, dependiendo del mercado, pretenden ofrecerle al consumidor lo que éste demanda. Pero, si se adopta este criterio, el mercado se convierte en árbitro de la información y el ciudadano adquiere

---

<sup>292</sup> Se pregunta García Ferrer: *¿Es lo mismo trascendencia pública e interés general?*. Creemos que los tribunales utilizan indistintamente ambas expresiones, al igual que el concepto de interés público, aunque esto no es lo más importante pues lo realmente interesante es saber si aquél puede identificarse con un afán de la población por conocer cualquier cosa. La respuesta debe ser negativa, ya que dentro del marco constitucional todo derecho a saber debe responder a la finalidad de formar una opinión pública en una materia de interés para la comunidad, es decir, «a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva» (Cfr. *El político: su honor y vida privada*, Edisofer S.L., Madrid, 1998, Pág. 80).

<sup>293</sup> Sobre la función social de las noticias que venden, nos parece interesante destacar el voto de la Baronesa Hale de Richmond de la Cámara de los Lores en el caso de Campbell contra el *The Daily Mirror* en que se dice «Dicho crudamente, es una celebridad famosa contra la explotación de famosos en un periódico sensacionalista. Cada uno en su momento se ha aprovechado del otro. Ambos han asumido que son adultos que conocen las normas del juego. Por un lado está el interés de una mujer en abandonar su dependencia de las drogas y otras sustancias dañinas y quiere tranquilidad y espacio en el que conseguir la ayuda que considera útil. En el otro, un periódico que quiere mantener a sus lectores informados de las actividades de las famosas y exponer sus puntos débiles, mentiras, evasivas e hipocresías. Este tipo de historias, especialmente si existen fotografías asociadas, es justamente el tipo de asunto que llena, vende y engrandece la reputación del periódico que primero lo publica. **Una razón por la que la libertad de expresión es tan importante es que necesitamos vender periódicos para asegurar que no desaparezcan.** Debe decirse que se debería permitir a los periódicos una cierta libertad en la intromisión en los asuntos privados para que puedan mantenerse en circulación y el resto de nosotros pudiéramos disfrutar de la variedad de periódicos y otros medios de comunicación existentes en este país. Debe decirse también que los editores de los periódicos a menudo deben tomar decisiones, rápidamente y en circunstancias difíciles, luego esperar demasiado, un pequeño análisis de su posición, ya es de por sí una restricción a la libertad de expresión». (Véase la cita del fallo en Caso *Mgn Limited contra Reino Unido*, Sentencia del 18 de enero de 2011, Ap. 35). Cabe destacar que no obstante esta opinión, La Baronesa Hale consideró que la información sobre la adicción y asistencia de la señora Campbell descrita en el artículo en cuestión era a la vez privada y confidencial y que configuraba un abuso de información privilegiada con vulneración de la confidencialidad.

un derecho, prácticamente ilimitado, a conocer todo aquello que desea. La consecuencia es que el derecho a la intimidad queda aplastado por el derecho a la información. Todos hemos de vivir en una pecera porque los demás quieren saber quiénes somos y lo que hacemos<sup>294</sup>. Esta identificación de «interés público-interés del público» es inaceptable para el Tribunal Constitucional pues tiene dicho, como vimos, que la información debe tener por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada, ya sea por la trascendencia social de los sucesos en sí mismos considerados, pueden calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública. Siempre se decide en vistas a este criterio teleológico: la noticia y opinión deben tener por fin dar conocimiento y formación de la opinión pública. No hay interés público por la persona en sí. Insistimos: el criterio subjetivo debe reunirse con el material para que un suceso alcance la calificación de «hecho noticiable». Ello siempre dependerá del caso concreto, y más aún de las específicas circunstancias del caso, del tiempo y todos sus accidentes.

**No obstante la necesidad evaluar siempre cada caso en concreto, como criterio general orientador se puede afirmar que sólo los asuntos relevantes desde el punto de vista del funcionamiento del sistema democrático, esto es todo lo vinculado a la legitimidad de origen y de ejercicio de sus autoridades, merecen ser considerados de «interés público» en lo que respecta a las personas públicas cuando se trata de evaluar las injerencias que deben tolerar en su intimidad, honor y propia imagen. Fuera de este argumento, no encontramos otras razones que justifiquen la legitimidad de una intrusión.** La idea de consenso presupone el conocimiento de aquello a lo que se consiente, y ello reclama la publicidad de los actos de

---

<sup>294</sup> García San Miguel, Luís, *La intimidad como límite a la libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 34.

gobierno y todo cuanto se vincule a ellos de forma inmediata, incluso aunque se trate de aspectos de la vida privada de sus agentes. **El interés público, en cuanto se refiere a personas públicas, está dado –según los casos– por la formación de la voluntad electoral (lo que se refiere a su legitimidad de origen) y el control del ejercicio del poder estatal (legitimidad de ejercicio).**

Según apreciamos, cuanto menos esta idea de que debe darse siempre una conexión entre el dato divulgado y el interés público, entendido con límites precisos, es la que se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional y, por cierto, también es coincidente con un amplio sector de la doctrina nacional. En palabras de Plácido Fernández Viagas, que analiza el tema desde la doctrina norteamericana sobre el «mercado de las ideas»<sup>295</sup>, siempre cabría plantear el problema de los límites del interés público pues la lógica del mercado puede convertir en asuntos de trascendencia cuestiones que sólo servirían para satisfacer los aspectos más morbosos y sensacionalista de la psicología de masas. Si la forma en que un presidente satisface sus pulsiones sexuales puede llegar a condicionar la política de los

---

<sup>295</sup> El «mercado de las ideas» responde a la lógica del liberalismo aplicado, precisamente, a las ideas. Esto es: el liberalismo tiene un indudable componente económico, y de hecho desde la perspectiva marxista no podría comprenderse en otra forma puesto que sus justificaciones ideológicas no constituirían más que simples «superestructuras» destinadas a velar el juego de fuerzas real en el que se fundamentaría. Por eso la defensa del mercado no significaría otra cosa que el rechazo de las injerencias en un proceso dominado por la idea de que los productos deben someterse exclusivamente a criterios de calidad. Eso permitiría el triunfo de una burguesía dinámica dispuesta a participar en un combate regido por la eficacia, es decir, por la modernización y la ausencia de trabas que el sistema feudal imponía para evitar la libre competencia. Pero los paradigmas que presiden la economía liberal se proyectan en el campo estrictamente ideológico, también al de la información y la prensa. Y uno de sus elementos determinante, el del mercado, adquiere una enorme expresividad aplicado a las ideas, y a la información en general (...). La imagen de un mercado abierto en el que todos los pensamientos se ofrecen al libre juego de la oferta y la demanda se encuentran en la base misma de la concepción norteamericana sobre la libertad de expresión. (...) Así, teóricos y juristas ha usado frecuentemente, sobre todo en los Estados Unidos, la imagen de un «**marketplace of ideas**» para explicar y justificar la primera enmienda de la Constitución: «El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de la palabra, o de la prensa, o del derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios» (...) El *marketplace* quiere expresar, de manera ciertamente gráfica, la imagen de un dinámico debate de búsqueda de la verdad por parte de toda la ciudadanía, precisamente en el sitio donde desde siempre los hombres se han reunido para intercambiar noticias y realizar sus compras, la plaza, el mercado» (Cfr. Fernández Viagas, Plácido, *Ideología, Libertad de Expresión y Jurisprudencia*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 5/2007 (Estudio), Aranzadi S.A., Pamplona, 2007).



Estados Unidos de Norteamérica, como ocurrió en el caso Clinton, lógicamente los medios de comunicación se sentirían en la obligación de cubrir el tema. Sin embargo, parece el momento de preguntarnos si todo lo que despierta curiosidad ciudadana merece considerarse un «asunto público». En nuestra opinión no, entre otras razones por la elemental de que si absolutamente todo sale a luz pública pudiera ser que al final la sociedad sea incapaz de distinguir los datos relevantes de los que no lo son. En vez de madurez y cultura, conseguiremos ser frívolos y desinformados. Sería descorazonador que un proceso de siglos hubiese conducido sencillamente al absurdo, y fuese necesario volver a empezar<sup>296</sup>. Por su parte, Romero Coloma entiende<sup>297</sup> que ciertas personas, por razón de las funciones públicas que desempeñan, se han convertido en objeto de atención para un gran parte de los miembros de la sociedad. Concretamente, con referencia a los políticos estima que aunque determinados comportamientos fuesen realizados en actividades extraparlamentarias, su divulgación puede admitirse si el interés de su conocimiento está vinculado con el cargo que desempeñan, o, en otras palabras, si el conocimiento de la vida privada puede servir para una mejor evaluación de su personalidad política. Sin embargo, esta notoriedad no debe permitir que la Prensa y el público entren descaradamente en la vida privada de estos personajes<sup>297</sup>.

El interés público atiende a las necesidades del «ciudadano» como tal y estas necesidades se reconocen como: formar libremente su opinión y participar de modo responsable en los asuntos públicos. Hay un «interés público-político» en valerse de la información vinculada a las personas públicas para conformar una opinión sana y esencial para la vida democrática; una opinión necesaria para que se participe —y es importante modular aquí— de un modo responsable en los asuntos públicos, lo que nos remite, por un

---

<sup>296</sup> Fernández Viagas, Plácido, *Ibidem*.

<sup>297</sup> Romero Coloma, Aurelia María, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 174

lado la responsabilidad que han de asumir quienes se dedican a formar opinión y, por el otro, que la información publicada debería tener como norma obviar en todo caso aquellos datos que no contribuyan a una opinión responsable. Para justificar este argumento, conviene traer la cita de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (FJ 4) que muy claramente confirma este interés constitucional máximo cuando dice: «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas»<sup>298</sup>. Comparte este criterio de un interés público que remite al interés político (siempre hablando exclusivamente en el caso de las personas públicas), García Ferrer cuando entiende que el interés público sería el del hombre-ciudadano, pues sólo en esta dimensión puede contribuir a un debate político pluralista<sup>299</sup>. Y téngase especialmente en cuenta que en la opinión del autor, lo político abarca mucho más que lo relacionado con el Estado, el Gobierno o las conductas públicas de toman parte en los acontecimientos públicos. Lo político, en su concepción laxa, se califica en relación con el debate político.

Lo expuesto nos permite completar la conclusión alcanzada en el punto anterior y afirmar, por ahora, que «ser persona pública» implica «ser persona sometida al control

---

<sup>298</sup> Se cita la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.

<sup>299</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 83.

público», al escrutinio de todos los ciudadanos, en la exacta medida en que el asunto objeto de noticia u opinión se vincule directa y evidentemente» con la función pública que ejerce el afectado y que reconoce como fin informativo la formación y existencia de un opinión pública, libre y responsable. Pero para superar el grado de abstracción de esta descripción del «interés político» tendríamos que evaluar un concreto tipo de sujeto dentro de la amplitud de la categoría subjetiva «persona pública». La operación la concretaremos en el Capítulo III, cuando analicemos la especial modulación del derecho a la intimidad en el caso concreto de los gobernantes y altos cargos de la Administración y posteriormente, cuando sometamos a la Ley 5/2006 al debido «juicio de proporcionalidad»<sup>300</sup>.

#### **5.6. Revisión crítica de las categorías jurídicas subjetiva y material utilizadas por el Tribunal Constitucional**

En lo que sigue nos proponemos sintetizar nuestras conclusiones sobre la utilización de las categorías subjetivas y la categoría material empleadas por el Tribunal Constitucional a la hora de evaluar la legitimidad/ilegitimidad de las intrusiones en el derecho a la intimidad. Ellas también se aplican a los restantes derechos de la personalidad del art. 18 CE. A saber:

##### **i) Las categorías jurídicas subjetivas son una creación jurisprudencial.**

El Tribunal Constitucional utiliza tres categorías jurídicas subjetivas: «persona pública», «persona de proyección o notoriedad pública» y «persona privada». Sin embargo, el art. 18.1 CE no las distingue, ni tampoco la LO 1/1982 lo hace inicialmente, aunque –

---

<sup>300</sup> Véase en la página 447 y ss.

como bien señala García García— sí diferencia a lo largo del articulado, conceptos que conllevan la idea de una distinción en función de la persona, tales como «actos propios»; «actividad profesional u oficial de quien los releva» (art. 7º); «personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública»; «suceso o acaecimiento público»; «salvo aquellas a las que hay que proteger con anonimato por las funciones que desempeñe» (art. 8º)<sup>301</sup>. Esta ausencia de una referencia legislativa expresa justifica que las calificemos como una «creación jurisprudencial» que el Tribunal Constitucional viene utilizando desde la STC 107/1988, de 8 de junio de 1988 para resolver casos en que entran en conflicto los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE) con las libertades de información y expresión (art. 20.1 CE). La mecánica de la argumentación en este específico tipo de «colisión» nos resulta por igual de utilidad para encarar en este trabajo supuestos en que la intimidad entre en conflicto con otros derechos constitucionalmente reconocidos, tal el caso del general derecho a la información y a la participación ciudadana.

Sin perjuicio de esta caracterización como «creación jurisprudencial», podría también pensarse que la categoría «persona pública» se hace extensiva y operativa para todos los derechos de la personalidad a partir de la mención del art. 8 de la LO 1/1982. En este sentido, dice la STS de 3 de mayo de 2004 que, a pesar de que en la Ley Orgánica 1/1982 sólo se tiene en cuenta la condición pública de la persona como circunstancia que elimina la antijuridicidad de la intromisión al referirse a la imagen, sin embargo, tanto por la doctrina jurisprudencial<sup>302</sup>, como por la doctrina científica, se afirma la posibilidad de

---

<sup>301</sup> García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 162.

<sup>302</sup> Nos referimos a la jurisprudencia emanada de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que sigue a las del Tribunal Constitucional].

aplicar lo preceptuado artículo 8 de la Ley 1/1982, en lo relativo a la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, al derecho al honor [lógicamente, también a la intimidad]<sup>303</sup>.

**ii) Las categorías jurídicas subjetivas y la objetiva funcionan como «variables» que guían, en términos generales y abstractos, el criterio a seguir para resolver casos en que los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE entran en conflicto con otros derechos fundamentales.**

Como «variables» las categorías jurídicas subjetivas tienen la funcionalidad de guiar en la ponderación de las injerencias en los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE). Nos aportan razones –enunciadas como conclusiones en términos generales– para que frente al conflicto se reconozca un ámbito de mayor o menor protección. Por tanto, estos «criterios generales interpretativos» fijados en sus sentencias por el Tribunal Constitucional, en tanto son realmente «fuente de derecho»<sup>304</sup>, han de interesar al operador jurídico en todo proceso argumentativo que tenga por objeto considerar las razones fácticas y valorativas de toda restricción a los derechos de intimidad, honor y propia imagen. En este sentido, se insiste –respondiendo un poco a las críticas que se les han dirigido– en que estas categorías no están pensadas con la pretensión de ser eficaces por sí mismas para resolver supuestos concretos, sino para aportar premisas generales para la evaluación del caso, que siempre deberá resolverse según sus concretas circunstancias y ponderando los restantes criterios

---

<sup>303</sup> Así, son de citar, entre otras muchas, la STC 165/1987; STC 107/1988; STC 172/1990; y STC 20/1992. Como afirma la STS de 25 de noviembre de 1997, antes de valorar en concreto las expresiones que el actor pudiera estimar lesivas para su honor, ha de **partirse de un presupuesto esencial, cual es el de tener en cuenta el carácter público o privado de la persona objeto del derecho**, y la actividad en la que se desenvuelve en el momento preciso pues ello es fundamental a la hora de exigir un mayor o menor reconocimiento y consiguiente protección jurídica, al tiempo que, cuanto mayor es el grado de proyección pública de la misma, más relevante es la información y opinión que ha de soportar, pues tanto la libertad de información como el derecho al honor pivotan, en nuestro concreto contexto sociopolítico, sobre un régimen de participación pública en el que, como han señalado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la libertad de información, aun no teniendo un carácter absoluto que la haga prevalecer siempre sobre el derecho al honor, sí que ocupa una posición prevalente» (Hernández Fernández, Abelardo, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales, su protección civil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ob. Cit., Pág. 190).

<sup>304</sup> Se justificó que la jurisprudencia constitucional crea derecho. Véase en la página 133.

que también el Tribunal Constitucional ha desarrollado, tales como la «categoría material» y el contexto [existencia de un debate público o crítica política, entre otros]<sup>305</sup>.

**iii) Como toda categoría, las de persona pública, persona de proyección pública y privada, clasifican sujetos partiendo de una nota común: todos ellos son titulares del derecho a la intimidad.**

Como sucede en todo proceso de clasificación por categorías, se parte de un elemento común desde el cual se produce una separación según notas diferenciales. En las categorías subjetivas la nota común se encuentra en el reconocimiento irrenunciable de que todos los sujetos involucrados (públicos, de proyección pública o privados) son titulares de los derechos subjetivos de la personalidad del art. 18.1 CE. Este aspecto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional cada vez que ha tenido ocasión. Concretamente afirmó que fuera de los casos en que se justifique una relevancia o interés público en la divulgación del dato u opinión, el personaje público o de proyección pública es un «particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE»<sup>306</sup>.

Expresamente declarado el carácter irrenunciable de los derechos del art. 18.1 CE por el propio tribunal que utiliza la tipología, consideramos por demás injustificada la opinión de quien sospecha que la difusión de la noción «persona pública» versus «persona privada» conlleva el riesgo de suponer que las personas públicas no gozan de vida

---

<sup>305</sup> Ninguna comunicación es independiente del contexto que la rodea, sino que éste la condiciona y constituye un elemento básico tanto desde la perspectiva del emisor cuanto en la del receptor. De ahí que todo acto de comunicación no adquiera plenitud de sentido si no es con referencia al contexto en que se produce. Ello quiere decir que hay que situar cada ejercicio de un derecho de libre comunicación en las peculiares circunstancias en que se produce (...) siempre la libertad de información se producirá en el contexto del debate público, pues su objeto son los hechos dotados de trascendencia pública y su finalidad es que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva (Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Ob. Cit., Págs. 281-282).

<sup>306</sup> SSTC 104/1986, 171/ 1990, 172/1990, 197/1991, 85/1992, 336/1993, 117/1994, 320/1994; 6/1995; 132/1995, 19/1996 y 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, entre otras.

privada<sup>307</sup>. La consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, nunca puede consistir en una renuncia total a la vida privada». Volveremos sobre esta afirmación<sup>308</sup>.

**iv) Las categorías de lo público [«persona pública» y «persona de proyección pública»] se identifican en una nota común: están expuestas al riesgo de sus derechos subjetivos.**

Las categorías de «persona pública» y «persona de proyección pública» [categorías conectadas a lo público] se identifican, a su vez, en otra nota común: agrupan aquellos individuos que, aparte de ser titulares de los derechos de la personalidad, ven debilitada su protección inicial por estar «obligados a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por informaciones y opiniones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 1, criterio reeditado por la STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 2 y mantenido invariable). Esta obligación de soportar un riesgo, consecuencia inmediata de «participar del interés general con una mayor intensidad», las diferencia de las «personas privadas»<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas a la figura de «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Ob. Cit., Pág. 164. También García San Miguel criticó que el criterio de clasificación subjetivo conlleva la propuesta radical de que «el hombre público no tiene vida privada y el hombre privado no tiene vida pública (García San Miguel, Luis, *La intimidad como límite a la libertad de expresión*, Ob. Cit., Págs. 23-35).

<sup>308</sup> Véase en la página 393 y ss. «La imposible renuncia de sus derechos fundamentales».

<sup>309</sup> Es en la **STC 171/1990**, de 12 de noviembre, que se hace referencia a la *participación con mayor intensidad en el interés general* por parte de las categorías subjetivas de *lo público*, aspecto no mencionado por la anterior STC 107/1988, de 8 de junio, que dijimos eran sus argumentos reeditados. Así, en la referida STC 171/1990 se afirma «El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública **aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas** y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, **en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública**, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer

v) **La distinción de las categorías de lo público y «persona privada» no responde al «riesgo asumido voluntariamente» por las primeras, sino a la «obligación de soportar el riesgo» de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados.**

En rigor, la distinción entre «persona pública» y «de proyección pública», por un lado, y «persona privada», por otro, no radica en que las primeras se han autodeterminado por lo público, es decir, a que han elegido voluntariamente participar del interés general o darse a conocer, sino que responde a un riesgo que tienen obligación de soportar y que no siempre es libremente elegido. El hecho de que una persona se encuentre en la posición de «participar con mayor intensidad del interés general»<sup>310</sup> puede ser la consecuencia de una elección espontánea. Este es el caso de las «personas públicas» que optaron por encarnar un cargo público, y el de las «personas de proyección o notoriedad pública» que se decidieron por el ejercicio de una actividad profesional o eligieron difundir habitualmente información sobre sus vidas privadas. Pero también puede que la participación en lo público de algunos sujetos se derive de un episodio por completo ajeno a su voluntad. Este es el supuesto en el que se encuentran aquellos que «adquieren protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública»<sup>311</sup> y que constituyen el tercer sub-tipo de la categoría de «persona de proyección pública» (STC 99/2002, de 6 de mayo). Quien debe soportar que se divulguen ciertos datos que hacen a su privacidad o que se opine sobre su conducta a causa de –por ejemplo– haber participado en un accidente o ser víctima de un ataque terrorista, ve mermado su derecho a la

---

un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos» (FJ 5).

<sup>310</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5.

<sup>311</sup> STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ.7.



intimidad, al honor o propia imagen, sin que ello sea fruto de una decisión voluntaria, de un riesgo libremente asumido, sino la consecuencia de verse involucrado en un asunto de interés público. Recordemos aquí que la categoría de «persona de proyección pública» incluye a aquellos individuos que se ven involuntariamente implicados en un episodio de relevancia pública<sup>312</sup> y, por tanto, como «categoría subjetiva» se vincula necesariamente a la «categoría objetiva» que abarca a aquellos supuestos caracterizados como «hechos por sí mismos dotados de relevancia pública»<sup>313</sup>. En estos supuestos, en puridad, es la «categoría objetiva» la que irradia su «relevancia pública» sobre personas hasta entonces «privadas» que, exclusivamente en lo que se vincule a aquel episodio y la divulgación del dato u opinión sea necesario para su información y crítica, dejarán de serlo para convertirse en «personas de proyección o notoriedad pública».

**vi) Lo que diferencia a cada una de las categorías subjetivas entre sí es el rol o posición que ocupa el titular del derecho de la personalidad.**

El sujeto calificado como «**persona pública**» o bien cumple el rol de «administrar el poder público»<sup>314</sup> o bien pretende acceder a él [por encontrarse «implicado en una

---

<sup>312</sup> STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 7.

<sup>313</sup> Respecto a los hechos que por sí mismos están dotados de relevancia pública, no parecen existir criterios generales para su delimitación. Sin embargo, podemos encontrar ya un número considerable de supuestos que han sido entendidos como hechos de relevancia pública y que podríamos clasificar, aunque no se pretenda realizar una enumeración exhaustiva, en varios grupos: Se considera que la información sobre juicios penales tiene trascendencia pública y, por tanto, nos encontramos ante supuestos de ejercicio legítimo de la libertad de información (SSTC 30/1982, de 1 de junio; 13/1985, de 31 de enero; y 178/1993, de 31 de mayo); La información sobre actividades de grupos terroristas y de bandas armadas es también un claro supuesto protegido por la libertad de información (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre; y 159/1986, de 31 de diciembre); La transmisión de hechos relacionados con conflictos o con acontecimientos sociales (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, y 232/1993, de 12 de julio); La crítica al funcionamiento de los poderes públicos es también una materia perfectamente encuadrable dentro del concepto de noticia (SSTC 104/1985, de 13 de agosto; 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio); La información sobre sucesos, accidentes, etc., y todo lo relacionado con tales acontecimientos (SSTC 171/1990 y 176/1990, de 5 de julio); Finalmente otro gran grupo de noticias serán aquellas informaciones relativas a la crítica de autoridades políticas» (Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 277).

<sup>314</sup> STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7.

contienda electoral»<sup>315</sup>] como consecuencia de esa posición institucional, será objeto de vigilancia por parte de la colectividad: «su conducta, su imagen y opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos». De tal suerte, toda «persona pública» tiene el deber de soportar ese control (que no es sino el deber de soportar el riesgo de ser controlados) en tanto y en cuanto ese «escrutinio» este guiado por un «interés legítimo». En términos generales, habrá «interés legítimo» cuando lo que se pretende es saber cómo esas «personas públicas» ejercen el poder en nombre de la colectividad<sup>316</sup>.

El sujeto catalogado como **«persona con proyección pública»** [o «con notoriedad pública»] cumplirá, en su caso, el rol propio de la actividad profesional que ejerce. Como consecuencia de esa posición profesional deberá soportar el conocimiento de datos u hechos o la crítica, en tanto y en cuanto lo divulgado o la crítica vertida este «relacionada con el desempeño de la actividad profesional por la que es conocido»<sup>317</sup>. Dentro de estos límites, no habrá lesión posible.

En el segundo supuesto de la misma categoría, la «persona con proyección pública» habrá asumido, también voluntariamente, el rol de «sujeto expuesto al conocimiento de terceros» y, como consecuencia de ese papel que eligió cumplir ante la colectividad, deberá soportar cuanto se divulgue y opine sobre su persona, siempre y cuando que lo divulgado u opinado guarde vinculación con lo previamente difundido.

Por último [es este el tercer supuesto de la categoría], quien involuntariamente se ve en el papel de «circunstancial involucrado en un hecho que por sí mismo está dotado de relevancia pública, deberá tolerar que se hagan públicos ciertos datos sobre su vida privada,

---

<sup>315</sup> STC 15/1997, de 22 de enero, FJ 2,

<sup>316</sup> *Ibidem*.

<sup>317</sup> *Ibidem*.

u opiniones o imágenes de su persona, en tanto y en cuanto ello guarde directa vinculación con el suceso en cuestión y «resulten necesarios o relevantes para el interés del público de la información»<sup>318</sup>. También, como debe suceder en los demás casos, la injerencia deberá además salir ilesa de un «juicio de proporcionalidad» que ha de tener en cuenta las concretas circunstancias de cada supuesto.

**vii) A partir de la posición que ocupa el titular de los derechos de la personalidad, el Tribunal Constitucional construyó para cada categoría un criterio-guía, esto es: un parámetro general y abstracto que se toma como dato necesario a tener en cuenta en los casos que se haya de valorar la legitimidad/ilegitimidad de las intromisiones sufridas.**

Ya afirmamos que como «variables» las categorías tienen la funcionalidad de guiar en la ponderación de las injerencias en los derechos de la personalidad. Los criterios interpretativos de carácter general que aportan son los siguientes:

Cuando lo que entra en colisión con algún otro derecho fundamental es la intimidad, honor o propia imagen de una **«persona pública»**, en principio –y sólo en términos abstractos y generales– hay una serie de circunstancias que necesariamente todo operador jurídico ha de tener en cuenta; a saber: **i)** que en principio se trata de sujetos que sufren una aminoración en su derechos de la personalidad pues están sometidos al «escrutinio» de la colectividad, por lo que su vida, imagen y conducta moral participan del interés público<sup>319</sup>; **ii)** que para justificar una intrusión en su intimidad, honor o propia imagen, no sólo lo divulgado o criticado debe referirse al ejercicio de sus funciones<sup>320</sup>, sino

---

<sup>318</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, FJ.8, a *contrario sensu*.

<sup>319</sup> STC 134/1999, de 15 de junio, FJ. 8, entre otras.

<sup>320</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, entre otras.

que también puede referirse a lo que digan o hagan al margen de la misma<sup>321</sup>; **iii)** que para valorar este aspecto siempre se tendrá que emplear el «criterio de conexión», es decir buscar la vinculación directa e inmediata del dato privado con la actividad pública en cuestión<sup>322</sup>; y **iv)** que lo revelado u opinado debe revestir un «interés público» que en este caso se define como un interés público-político conformado por los asuntos relevantes desde el punto de vista del funcionamiento del sistema democrático, esto es, todo cuando se vincule directa e inmediatamente con la legitimidad de origen y de ejercicio de las autoridades y que resulte necesario para que el ciudadano se mantenga ampliamente informado, forme libremente sus opiniones y pueda, en definitiva, participar de modo responsable en los asuntos públicos [según nuestra postura].

Si en el conflicto se cuestionan los derechos de la personalidad de una **«persona con proyección pública»**, deberá tenerse en cuenta que: **i)** en principio no hay aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen (la extensión y eficacia de sus derechos de la personalidad sigue siendo la misma que la de cualquier ciudadano); **ii)** que estos derechos podrán ser restringidos cuando se divulgue, comente o critique algo: a) y ello sea necesario para la información o la crítica relacionada con la actividad profesional por la que el individuo es conocido<sup>323</sup> [caso del primer sub-tipo]; b) y ello se vincule a algo que ellos mismos han revelado, ya sea difundiendo la información o con su comportamiento mismo<sup>324</sup> [segundo sub-tipo]; y c) y esa divulgación del dato u opinión sea necesario para la información y crítica del «hecho que por sí mismo está dotado de relevancia pública [tercer sub-tipo] [criterio de necesidad] y; **iii)** en los dos primeros sub-

---

<sup>321</sup> STC 148/2001, de 27 de junio, FJ. 6, entre otras.

<sup>322</sup> SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7; 148/2001, de 27 de junio, FJ 6; 54/2004, de 15 de abril, FJ 3.

<sup>323</sup> STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 7.

<sup>324</sup> 134/1999, de 15 de julio, FJ. 7.

tipos deberá emplearse un «criterio de conexión», lo divulgado debe estar conectado a la actividad profesional o a lo que el sujeto mismo difundió con anterioridad<sup>325</sup>, mientras que en el caso de quien se ve «involuntariamente» participando del interés público, lo divulgado de ser necesario para mantenerse informado y opinar del hecho con relevancia social.

En el caso de encontrarnos con una «**persona privada**» el criterio-guía que nos da, de manera vinculante, el Tribunal Constitucional es que: **i)** en principio, esta persona será objeto de la más amplia protección de sus derechos de la personalidad; y **ii)** que, en su caso, quien informe y opine a su respecto, al hacerlo, deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que se dice es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da<sup>326</sup>, vinculada esta –a su vez– o bien con un hecho de relevancia social en sí mismo [aquí deberíamos remitirnos al criterio del tercer sub-tipo de la categoría «persona con proyección pública»<sup>327</sup>] o bien de interés público en razón de las persona y la materia [siguiendo los criterios de las restantes categorías].

---

<sup>325</sup> En el grupo de las personas de notoriedad pública por razón de su actividad profesional, habría que incluir a todos aquellos que, en el ejercicio de su profesión –cualquiera que pueda ser–, han alcanzado una clara proyección social hasta el punto de aparecer con alguna frecuencia en los medios: actores, deportistas de las, destacados protagonistas de la vida económica, determinados arquitectos, abogados, médicos, científicos, etc. También en estos supuestos, y en paralelo con la doctrina acuñada a propósito de los cargos públicos, **la difusión de datos personales está constitucionalmente justificada si guardan una directa relación con la profesión a la que deben su condición de persona de proyección pública**. Y, al igual que lo que sucedía con los cargos y funcionarios públicos –aunque con menor intensidad– es el concepto «normativo» de discurso público el que fundamenta que la prensa informe sobre estos personajes, al menos en relación con aquellos que adquieren notoriedad por razón exclusivamente de su actividad profesional. Es obvio que coadyuva a enriquecer el debate político y social en el seno de una opinión pública ilustrada el que, por ejemplo, se divulgue determinada información sobre artistas o financieros de probada influencia en la vida económica del país. En cualquier caso, como hemos adelantado, **la licitud de la información exige que exista una conexión entre el dato divulgado y la actividad profesional de que se trate** (Medina Guerrero, Manuel, *La Protección Constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 150).

<sup>326</sup> 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8.

<sup>327</sup> Se dice en la STC 112/2000, de 5 de mayo «Asimismo cuando se trata de una persona privada involucrada en un suceso de relevancia pública, de la que se comunican hechos que afectan a su honor o a su intimidad manifiestamente **innecesarios e irrelevantes para el interés del público de la información, la difusión de ese dato carece pues de la relevancia pública necesaria para atribuirle valor alguno** en la formación de la opinión pública, por lo que un trabajo (periodístico) que menciona ese contenido no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 de la CE» (FJ 8).

**viii) Las categorías subjetivas no son el «criterio legitimador de las intromisiones de los derechos de la personalidad».**

Como crítica a la utilización que el Tribunal Constitucional hace de estas categorías jurídicas subjetivas se ha opinado sobre la inconveniencia de mantener la figura de «persona pública» como criterio legitimador de las intromisiones en los derechos de la personalidad<sup>328</sup>. Y no le faltaría razón a quien así lo razona si no fuera porque no son estas categorías de personas las que se presentan como «criterio legitimador» de una injerencia. Siempre será el «interés público» [con su exigencia acumulativa] en la divulgación del dato, opinión o propia imagen [fuera del caso del consentimiento del afectado –art. 2.2 LO 1/1982] el que defina la justificación de la restricción. Insistimos aquí una vez más: las categorías subjetivas no son utilizadas por el Tribunal Constitucional para justificar por sí mismas restricciones a los derechos del art. 18.1 CE, sino para guiar el razonamiento sobre la ponderación de su legitimidad. En todo caso, para justificar una injerencia, las categorías subjetivas dependerán de la existencia de la categoría material: el «interés público» en la revelación de la información, de la imagen o en la formulación de la opinión en razón del asunto, aspecto este calificado como «el decisivo» por el propio Tribunal Constitucional<sup>329</sup>.

El criterio que, en definitiva, define la legitimidad de las injerencias cuando se trata del derecho a la intimidad es el «interés público», es decir, la relevancia pública de lo divulgado<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas a la figura de «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Ob. Cit. Pág. 189.

<sup>329</sup> Como vimos, la STC 197/1991, de 17 de octubre, al sostiene que «El elemento decisivo (...) es la relevancia pública del hecho divulgado, que su «revelación» resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento» (FJ 3).

<sup>330</sup> Tal es la interpretación en las SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2 y 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, entre otras.

**ix) Es inoportuno referirse a los «hechos relevantes en sí mismos», como supuesto en que la categoría material no concurre con una categoría subjetiva de lo público.**

Algún sector de la doctrina también ha cuestionado que en los casos en que se enfrentan a «hechos relevantes en sí mismos», de continuar sosteniendo la operatividad práctica de la exigencia acumulativa del elemento objetivo [hecho relevante] y subjetivo [notoriedad pública de la persona], se llegaría al absurdo de que la categoría de «interés público», la que de verdad importa, resultaría desplazada por no cumplirse el requisito subjetivo<sup>331</sup>. En otras palabras, que siendo el criterio del Tribunal Constitucional el de la «exigencia acumulativa» del elemento subjetivo y material, de no encontrarnos con una persona pública o de proyección pública y sólo darse el supuesto de un asunto con relevancia social, no podría legitimarse una restricción en los derechos de la personalidad.

Para responder a esta crítica debemos comenzar por reconocer que, efectivamente, con alguna frecuencia el Tribunal Constitucional habla de «hechos noticiables», como hechos que presentan relevancia pública y puede su divulgación, por ende, prima facie considerarse inicialmente garantizada por el art. 20.1 d CE. Pero en estos casos no debe perderse de vista que si hay hechos que merecen catalogarse como «relevantes en sí mismos» esta consideración se extenderá a las personas involucradas en él, de tal suerte que si los sujetos no eran conocidos con anterioridad [no se trata de «personas públicas», ni «personas de proyección pública» por la actividad profesional que realizan ni por difundir habitualmente hechos de su vida privada], en lo que respecta a ese hecho deberán clasificarse también como integrantes de la categoría de «persona de proyección pública» bajo el tercer subtipo de persona, como quien «adquiere un protagonismo circunstancial al

---

<sup>331</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas a la figura de «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Ob. Cit. Pág. 189.

verse implicado en un hecho que es el que goza relevancia pública»<sup>332</sup>. Por tanto, también en estos casos la «categoría objetiva», que abarca a aquellos supuestos caracterizados como «hechos por sí mismos dotados de relevancia pública» se vincula necesariamente a la «categoría subjetiva»<sup>333</sup>. La conclusión que alcanzamos con esto es que no hay forma de que en un caso en que entra en conflicto algún derecho de la personalidad se resuelva la legitimidad de una injerencia atendiendo exclusivamente a la «categoría material», es decir, tan sólo por darse un interés público en razón del asunto. En todo suceso en que se cuestionen los alcances de la protección de algunos de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE [ámbito de operatividad de las categorías jurídicas que estudiamos] habrá un titular de esos derechos involucrado en determinado episodio. Con toda evidencia, si no hay un sujeto involucrado no habrá derecho de la personalidad en conflicto. Se sigue de ello que, cuando de alguna forma entre en conflicto la intimidad, honor o propia imagen de una persona, no será posible hablar de un «hecho relevante por sí mismo», o al menos no hacerlo como pretendiendo indicar la sola concurrencia del aspecto material, sin reconocer que más allá de la ocurrencia de este elemento objetivo [hecho relevante o de interés público], concurrirá por fuerza el elemento subjetivo [persona que adquiere proyección o notoriedad pública por un protagonismo circunstancial]. Así, la «exigencia acumulativa» que

---

<sup>332</sup> STC 99/2002, de 6 mayo, FJ 7.

<sup>333</sup> Respecto a los hechos que por sí mismos están dotados de relevancia pública, no parecen existir criterios generales para su delimitación. Sin embargo, podemos encontrar ya un número considerable de supuestos que han sido entendidos como hechos de relevancia pública y que podríamos clasificar, aunque no se pretenda realizar una enumeración exhaustiva, en varios grupos: Se considera que la información sobre juicios penales tiene trascendencia pública y, por tanto, nos encontramos ante supuestos de ejercicio legítimo de la libertad de información (SSTC 30/1982, de 1 de junio; 13/1985, de 31 de enero; y 178/1993, de 31 de mayo); La información sobre actividades de grupos terroristas y de bandas armadas es también un claro supuesto protegido por la libertad de información (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre; y 159/1986, de 31 de diciembre); - La transmisión de hechos relacionados con conflictos o con acontecimientos sociales (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, y 232/1993, de 12 de julio); - La crítica al funcionamiento de los poderes públicos es también una materia perfectamente encuadrable dentro del concepto de noticia (SSTC 104/1985, de 13 de agosto; 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio); - La información sobre sucesos, accidentes, etc., y todo lo relacionado con tales acontecimientos (SSTC 171/1990 y 176/1990, de 5 de julio); - Finalmente otro gran grupo de noticias serán aquellas informaciones relativas a la crítica de autoridades políticas» (Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 277).



reclama el Tribunal Constitucional sigue siendo operativa y, en todo caso, la intromisión en el derecho deberá someterse a un «juicio de proporcionalidad» que evaluará, precisamente, la ventaja obtenida con la divulgación del dato y el sacrificio que implica para el titular del derecho.

Esta interpretación tampoco es lejana a la que hace el propio Tribunal Constitucional ya que, valga la pena destacarlo, no habla sino de la «trascendencia pública del hecho del que se informa, por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrada»<sup>334</sup> reconociendo implícitamente una extensión de la relevancia pública que va del hecho [categoría material] a la persona [categoría subjetiva].

**x) Donde hay interés público en rigor ya no hay intimidad. El peligro de la elipsis.**

Otra crítica que se dirige a la categoría subjetiva de «persona pública» y de «proyección pública» es que «se llega al sin sentido de estimar que si bien ellos inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece». La objeción – se afirma– es doble en cuanto a que: a) si existe un ámbito abierto al conocimiento de los

---

<sup>334</sup> SSTC 219/1992, de 3 de diciembre y 320/1994, de 28 de noviembre (FJ 3). En esta última, que describe la doctrina ya sentada se afirma: «En cuanto al requisito de la relevancia pública de la información, también según las sentencias citadas, debe señalarse que el mencionado (interés general) deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, pues su ejercicio se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para contribuir así a la formación de la opinión pública (SSTC 171/1990 y 172/1990, fundamentos jurídicos 5.º y 2.º, respectivamente). En este sentido, tiene declarado este Tribunal que en relación con hechos de la vida social el **elemento decisivo para la información no puede ser otro que la trascendencia pública del hecho del que se informa, por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrada**, ya que es dicho elemento el que la convierte en noticia de interés general, con la consecuencia de que, en tal caso, el ejercicio del derecho a comunicar libremente información gozará de un carácter preferente sobre otros derechos, incluido el derecho al honor (STC 219/1992) (...) **No puede dudarse, se insiste en ello, de la relevancia o trascendencia pública de la noticia, en armonía con el hecho noticiable: acoso sexual en una Escuela Pública de una pequeña ciudad (4.000 habitantes), independientemente del eventual carácter privado del afectado por la noticia (el monitor)**».

demás, no puede predicarse en tal circunstancia la tutela de la intimidad. Luego, b) no puede verse reducida la esfera de un derecho que no concurre en tal situación»<sup>335</sup>.

Aunque volveremos sobre este tema en ocasión de analizar la vida privada de los altos cargos, para contestar a esta crítica baste por ahora afirmar que, efectivamente, los términos público/privado son dialécticos y, por ello, no admiten una tercera categoría: lo privado llega hasta donde comienza lo público. Se trata de términos que se definen por oposición, de suerte que los datos carentes de relevancia pública (o «interés público» o «interés general») son privados y su divulgación no constituye un legítimo ejercicio de la libertad de información. Lo público, sí lo es. Consecuentemente, para hablar con propiedad deberíamos decir que aquella información que, sólo en principio y materialmente sería «íntima» o «privada»<sup>336</sup>, se transforma en «pública» cuando siendo objeto del «interés general» es divulgada. En este caso sería correcto sostener, por ejemplo, que el desarrollo económico o el estado de salud de un Presidente son asuntos «públicos», sin más. Sin embargo, esta elipsis [que omite decir que se trata de «temas que, en principio, materialmente considerados son privados, pero que se han convertido en públicos por razones de interés público que atrae la persona y la materia] conlleva, aunque más no sea gramaticalmente, la omisión de un paso o procedimiento que en el terreno jurídico es fundamental: la justificación de esa conversión. Pensamos, entonces, que en estos casos, aunque abandonáramos la precisión de señalar que sólo son posibles dos categorías: lo público y lo privado, sería más aconsejable hablar cuestiones «privadas con trascendencia pública» pues así se evoca expresamente que en ese pasaje o conversión de lo privado a lo

---

<sup>335</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas a la figura de «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Ob. Cit. Págs. 188-189.

<sup>336</sup> Ya advertimos que la asunción de la comprensión subjetiva del derecho a la intimidad, cuando ésta se desenvuelve en las relaciones con los medios de comunicación, no entraña la total desaparición o sustitución de la concepción material. Véase en la página 108.

público, debe mediar la razón de un «juicio de proporcionalidad», pero siempre reconociendo que no es esta una tercera categoría.



## 6. La recepción de las categorías subjetivas y materiales empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El art. 10.2 CE indica que el estudio de los convenios internacionales es una vía interpretativa impuesta para la hermenéutica de los derechos fundamentales<sup>337</sup>. Se constituye así como una cláusula singular; un régimen interpretativo especial que se separa de las reglas de interpretación que rigen para el resto de la Constitución<sup>338</sup>. Por lo tanto, si aspiramos en esta tesis a razonar sobre los alcances del resguardo que el art. 18.1 CE concede a la intimidad a las personas públicas, más precisamente a los altos cargos, es obligada la reflexión del tema desde el instrumento internacional que es nuestro referente hermenéutico básico: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>339</sup> y, consecuentemente, también desde la jurisprudencia que sobre el particular ha dictado

---

<sup>337</sup> En este sentido, Pérez Tremps, Pablo, *Constitución española y Comunidad europea*, Ed. Civitas, 1993, Pág. 163 y ss., Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, Pág. 172 y ss. Del mismo autor, *El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa*, en *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Cartabia, Marta; de Witte, Bruno; Pérez Tremps, Pablo (directores), Gómez Fernández, Itziar, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2005, Págs. 561-562. Rey Martínez, Fernando, *El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales –Análisis del art. 10.2 CE–*, Revista General del Derecho, N° 537, 1989, Pág. 3621.

<sup>338</sup> En la STC 12/2008, del 29 de enero, FJ 3 se afirma que «los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal [SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11], lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como **criterio interpretativo de los derechos fundamentales**. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, “esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”».

<sup>339</sup> Independientemente de la postura que se adopte sobre la posición del CEDH en nuestro sistema de fuentes, lo que parece indiscutible es que en materia de derechos fundamentales, por lo general, los jueces españoles y especialmente el TC no aplican el CEDH como fuente de Derecho autónoma portadora de contenidos inexistentes en nuestra Constitución. **El CEDH es utilizado, eso sí, como herramienta hermenéutica de primer orden** (Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 195-196 y ss.). Asimismo, sobre la adhesión de la Unión Europea al CEDH, véase Carrillo Salcedo, Juan, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, Pág. 11 y ss.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>340</sup>, como único mecanismo jurisdiccional del mismo.

Tal y como afirma la doctrina nacional, el TEDH, actuando como una suerte del tribunal constitucional europeo<sup>341</sup>, ejerce desde hace tiempo una decisiva influencia en la conformación europea de los derechos fundamentales<sup>342</sup>. De hecho, en el afán de asegurar que los Estados acaten sus sentencias, ha desarrollado una serie de argumentos en este sentido, y que básicamente resumimos como: **i)** la obligación de los Estados de prevenir futuros incumplimientos del convenio<sup>343</sup>; y **ii)** el efecto de cosa interpretada de sus

---

<sup>340</sup> En el caso de España, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos devino obligatoria y automática tras la entrada en vigor del Protocolo Núm. 11 al Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, aunque ya se había aceptado su jurisdicción desde el 4 de octubre de 1979 [Véase la declaración de España en BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 1985].

<sup>341</sup> Al respecto es de consulta Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la constitución española*, Ob. Cit., nota 192, Págs. 144-145, en la que recoge la referencia a numerosos trabajos doctrinales que «apuntan la proximidad entre el papel del TEDH y el que es propio de los órganos de justicia constitucional». También se ha dicho que «...el TEDH ha realizado plenamente dos **funciones propias de los tribunales constitucionales**: por una parte, la función de interpretación conforme del Convenio y de establecimiento de estándares y, por otra, la función de promoción de la defensa de los derechos contenidos en el Convenio, actuando no sólo como juez del caso sino incluyendo en los fundamentos jurídicos de sus sentencias aclaraciones, sugerencias de nuevos desarrollos, etcétera, dirigidos a todos los Estados parte. No ha realizado, sin embargo, una tercera función característica de los tribunales constitucionales, la función de depurar el derecho por vía de anulación de una ley estatal o de una sentencia por un órgano judicial interno, ni la de indicar medidas de restablecimiento del derecho en su integridad. Una y otra posibilidades de acción le vienen vedadas en razón de su condición de tribunal internacional» (Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, Pág. 35) y al decir de Canosa Usera, «la interpretación de los derechos ya no puede presentarse como la obra en exclusiva de los máximos tribunales estatales, porque el TEDH ha ido imponiendo una interpretación uniforme que se ha erigido en referente indiscutible, al punto de que se habla con frecuencia del TEDH como de una suerte de tribunal constitucional» (*La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado», García Roca, Javier; Fernández Sánchez, Pablo A (coords.); Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 81). En el mismo sentido, Rodríguez, Angel; *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, Pág. 118 y ss.

<sup>342</sup> Canosa Usera, Raúl, *La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado», Ob. Cit., Págs. 79-80. En el mismo sentido, Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la constitución española*, Ob. Cit.

<sup>343</sup> En la sentencia del TEDH *Vermeire contra. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, el TEDH constató que la alegación del Sr. Vermeire tenía su origen en la legislación sobre filiación y sucesiones belga, respecto de la cual ya se había pronunciado en un asunto anterior –Sentencia *Marckx* (13 de junio de 1979)- y en el que concluyó que esta normativa era

sentencias<sup>344</sup>. Por su parte, tanto Tribunal Constitucional español como el Gobierno de España han reconocido la «aplicabilidad inmediata» de las sentencias de Estrasburgo. Sobre el particular se puede mencionar la STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8 que establece que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales», sino que también «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento». Esta afirmación se completa con la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 3 en la que se razona sobre el fundamento jurídico de la vinculación de las sentencias del TEDH que declaran la violación por parte de España del Convenio de Roma. Allí se señala que este fundamento es triple: **i)** porque los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio; **ii)** porque el Convenio forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE; y **iii)** sobre todo, por mandato del art. 10.2 CE.

Frente a todo cuanto se ha argumentado hasta aquí, parece indiscutible que, al menos desde el plano teórico, no faltan razones para fundamentar la vinculación del TC a las sentencias del TEDH. Pero ganado este punto de arranque se nos presenta una nueva e

---

contraria a los artículos 8 y 14 CEDH. Pues bien, enfrentado de nuevo a esta legislación, el TEDH reprocha a las autoridades legislativas belgas el no haber modificado su legislación y, dirigiéndose directamente a la Cour de Cassation belga, le indica que no debió haber aplicado la normativa vigente en Bélgica, sino la jurisprudencia del TEDH, esto es, la sentencia Marckx. Considera el TEDH que los órganos judiciales del Estado no pueden suspender la aplicación del CEDH, tal como ha sido interpretado por él, a la espera de una modificación legislativa.

<sup>344</sup> «En un sistema como el europeo el valor de la jurisprudencia posee una gran importancia. Ya se ha dicho que el Tribunal de Estrasburgo concibe la Convención como expresión del orden público europeo en materia de derechos humanos y que éste es identificado por el propio Tribunal. Al margen de las implicaciones que ello comporta para el TEDH, que deberá hacer sentencias ponderadas y que puedan ser compartidas por todos los Estados, lo cierto es que el **TEDH ha dicho en diversas ocasiones que su jurisprudencia es parte integrante de la Convención**, de modo que el carácter jurídicamente obligatorio de ésta se amplía *erga omnes*, esto es, a todos los Estados parte» (Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Ob. Cit., Pág. 147).

insoslayable cuestión a dilucidar. Esta cuestión es, precisamente, la que en términos generales formula Queralt Jiménez cuando se pregunta *cómo incide la cosa interpretada de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional*<sup>345</sup>. Lógicamente, por razones de orden metodológico, sólo hacemos nuestro este interrogante en lo que respecta a dos categorías jurídicas que anticipamos en el título de este apartado. Nos preguntamos entonces: ***¿Ha hecho el Tribunal Constitucional español una armónica recepción de las categorías subjetivas y materiales empleadas por el TEDH al resolver conflictos entre la multifacética libertad de expresión (art. 10 del CEDH)***<sup>346</sup> ***y derecho al respeto de la vida privada (art. 8 del CEDH)***? En definitiva, de lo que se trata es de evaluar –con los recortes que acabamos de precisar–, cuál es la **incidencia real o recepción del canon europeo en la jurisprudencia constitucional española.**

Con este específico designio, tomamos como textos básicos tres de las sentencias dictadas por el TEDH en el curso del año 2004. La elección no fue inopinada puesto que ellas nos impresionan como «paradigmáticas» en lo tocante a los alcances que cabe legítimamente reconocer al derecho a la privacidad de los personajes públicos. En sus argumentos identificamos el establecimiento de una serie de estándares interpretativos

---

345 Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos : del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 193 y ss.

346 En opinión de Bustos Gisbert, la libertad de expresión del art. 10 del CEDH concreta, como definición general del derecho, tres manifestaciones: la libertad de opinión, la libertad de transmitir información y la libertad de recibir información. Por tanto –sostiene– «nos encontramos ante un derecho que presenta facetas muy diferentes y cuya protección va a ser distinta según el concreto modo y contexto en el que se ejerza» (*Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, en «La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos», García Roca, Javier, Santolaya, Pablo (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 592). Asimismo, se sostuvo que «en los términos de la jurisprudencia del TEDH cabe hablar de un concepto amplio o dual de la libertad de expresión que abarcaría la libertad de opinión y la de información» (Lazcano Brotóns, Iñigo, *Art. 10. Libertad de expresión*, en Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, Lasagabaster Herrarte, Iñaki, Civitas Ediciones, 2004, Madrid, Págs. 370-371).



relativos al tema. Estas sentencias son: **i) *Sociedad Plon contra Francia*; ii) *Hannover contra Alemania*; y iii) *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia***. A saber;

i) En el ***caso Sociedad Plon contra Francia***<sup>347</sup>, la señora Mitterrand y los hijos del François Mitterrand, ex Presidente de la República de Francia, demandaron a la sociedad Plon, al periodista Gonod y al Doctor Gubler por la publicación del libro «El Gran Secreto» en el que se relatan las relaciones entre el mencionado doctor y el Presidente Mitterrand. El libro expone la manera en la que el doctor había organizado un servicio médico en torno a el por entonces Presidente en funciones, que padecía un cáncer diagnosticado en el año 1981, tan sólo meses después de ser elegido por primera vez como Presidente de la República Francesa. Cuenta, en particular, las dificultades que le planteaba al doctor Gubler el disimular esta enfermedad, cuando el Presidente Mitterrand se había comprometido a que se publicara un parte facultativo sobre su salud cada seis meses. La familia del ex mandatario alegó sentirse golpeada en sus sentimientos más profundos por esta revelación de elementos relativos tanto a la personalidad y a la vida privada de su esposo y padre, como a su propia intimidad, públicamente hecha por el médico personal del difunto Presidente, en quien éste confiaba bajo la protección de un secreto profesional legalmente instituido y solemnemente recordado a todo médico por la lectura del Juramento Hipocrático en el momento de iniciar su profesión. En sede penal se declaró al doctor Gubler culpable del delito de violación del secreto profesional y a los señores Gonod y Olivier Orban, cómplices. A falta de recurso la sentencia quedó firme. Los tribunales franceses entendieron que ni la pretendida voluntad del Dr. Gubler de restablecer la verdad informando al público de hechos que le habrían sido ocultados durante varios años, ni la publicación, en vida de François Mitterrand, de partes facultativos

---

<sup>347</sup> Sentencia del 18 de mayo de 2004.

incompletos relativos a su estado de salud, que sin embargo el médico había aceptado firmar, legitimaban las revelaciones incriminadas; y que el secreto médico presenta un carácter general y absoluto que no autoriza a un médico a transformarse en garante del buen funcionamiento de las instituciones o en testigo de la historia. Por tanto, los tribunales franceses prohibieron la venta del libro, retirándolo de circulación. Esta decisión sí fue discutida ante el TEDH.

Ahora bien, la sentencia del TEDH dejó en claro que la injerencia dispuesta no era «necesaria en una sociedad democrática» y que, a causa de ello, resultaba desproporcionada. Como otras veces, el TEDH comenzó por reconocer: **i)** que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del completo desarrollo de cada persona; **ii)** que la libertad de expresión es válida, no solamente para las informaciones o ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que contrarían, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los que no existe *sociedad democrática*; **iii)** que el adjetivo *necesario*, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio, implica la existencia de una *necesidad social imperiosa*; y finalmente, **iv)** que en una sociedad democrática debe permitirse a la prensa jugar su papel indispensable de *perro guardián*. Hechas estas afirmaciones generales, concluyó que la publicación de «El Gran secreto» se inscribía en un **debate de gran interés general** entonces en Francia, relativo en concreto al derecho de los ciudadanos, dado el caso, **a ser informados de las afecciones graves que sufra el Jefe del Estado, y a la aptitud para la candidatura a la magistratura suprema de una persona que se sabe gravemente enferma**. Lo que es más, **el secreto**, según la tesis de la obra, **impuesto por el Presidente Mitterrand desde la aparición de la enfermedad sobre la existencia de su mal y**

sobre su evolución, por lo menos hasta la fecha en la que la opinión pública fue informada (más de diez años después), planteaba la cuestión de interés público de la transparencia de la vida política. Al estar así en cuestión la libertad de la prensa, las autoridades francesas únicamente disponían de un margen de apreciación restringido para juzgar la existencia de «una necesidad social imperiosa». Consideró entonces que, efectivamente, pudieron existir motivos «pertinentes y suficientes» en el procedimiento de urgencia como para dictar la medida cautelar prohibiendo se prosiga con la difusión del libro, pero resultaba desproporcionado mantenerla.

ii) La sentencia *Hannover contra Alemania*<sup>348</sup> examinó si la publicación en revistas alemanas de ciertas fotografías de la Princesa Carolina de Mónaco constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la vida privada, en los términos del art. 8 del Convenio de Roma. Lo que no se discutió fue que las fotografías en cuestión, donde aparece sola o con otras personas, habían sido tomadas clandestinamente y publicadas sin su consentimiento; tampoco que reflejaban situaciones de su vida privada, totalmente ajenas a cualquier incidente o actividad de índole pública. Las fotografías la mostraban a caballo, yendo de compras, durante sus vacaciones de esquí, abandonando su domicilio parisiense, jugando al tenis, aparcando su bicicleta y tropezando con un obstáculo en el «Beach Club» de Montecarlo. Interesa, sin duda, detallar las posiciones asumidas por los Tribunales alemanes y las partes. El Tribunal Regional de Alemania recordó el artículo 23.1 núm. 1 de la Ley de derechos de autor, en virtud del cual se califica a la Princesa como *personalidad «absoluta» de la historia contemporánea* y por tanto llamada a tolerar aquellas publicaciones. Sostuvo que para estas personalidades el derecho a la protección de la vida privada terminaba en la puerta de su domicilio, mientras que las fotografías en

---

<sup>348</sup> Sentencia del 24 de junio de 2004.

cuestión habían sido tomadas exclusivamente en lugares públicos<sup>349</sup>. El Tribunal de Apelación de Hamburgo, en la misma línea que el Tribunal Regional, sostuvo que debido a sus orígenes Carolina de Mónaco era una personalidad «absoluta» de la historia contemporánea y debía, por tanto, tolerar la publicación sin su consentimiento de las fotografías en litigio, todas tomadas en lugares públicos. Todo ello aunque el acoso constante de los fotógrafos hiciera difícil su vida cotidiana, pues ello provenía de un deseo de información legítimo por parte del público. El Tribunal Federal de Justicia matizó el criterio expuesto por los anteriores tribunales introduciendo la categoría de «lugar aislado». En su opinión incluso una personalidad «absoluta» de la historia contemporánea tiene derecho al respeto de su vida privada; vida privada que no se limita a su domicilio, sino que engloba igualmente la publicación de fotografías. Sin embargo, fuera de él, esta persona no puede invocar una protección de su esfera privada a menos que se encontrase retirada en un lugar aislado –apartada de la gente– donde fuese manifiesto para todos que quería estar sola y donde, creyéndose al abrigo de las miradas indiscretas, se comportara en una situación concreta de un modo distinto a como lo hubiese hecho de haberse encontrado en un lugar público. El Tribunal Federal de Alemania desestimó el resto de la demanda debido a que, como personalidad «absoluta» de la historia contemporánea, la Princesa debía tolerar la publicación de fotografías en las que se mostraba en un lugar público, incluso si se trataba de fotografías de escenas de su vida cotidiana y que no la mostraban en el ejercicio de sus funciones oficiales. En efecto –se dijo– que el público tenía un interés legítimo en saber dónde vivía y cómo se comportaba en público. Por último, el Tribunal Constitucional

---

<sup>349</sup> Según el artículo 22, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor, no se pueden difundir o exponer retratos al público sino con el consentimiento de la persona representada en ellos. El artículo 23.1 de la misma norma excluye de este principio los retratos que forman parte concretamente del ámbito de la historia contemporánea. En virtud del artículo 23.2, sin embargo, este concepto no es aplicable en caso de una difusión que vulnere un interés legítimo de la persona representada.

Federal continuó básicamente la misma línea de interpretación de los tribunales que lo precedieron. Pero la verdadera singularidad de su fallo fue el haber presentado al «entretenimiento» como un auténtico derecho fundamental que modula la información que la prensa puede manejar sobre las personas. Es más, podemos decir que su sentencia fue a las claras una apología de la trascendencia de *infotainment* en la formación de opinión, más cuando consiste en contar peripecias de la vida privada de los políticos. Y nos interesa detenernos sobre el particular ya que fue el aspecto más criticado por el posterior fallo del TEDH. Según sostuvo el Tribunal Constitucional Federal: «el hecho de que la prensa esté investida de una función de formación de opinión no tiene como efecto excluir al entretenimiento de la garantía funcional resultante de la Ley fundamental. La formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos. Los reportajes con intención de entretener también juegan un papel en la formación de opinión. El entretenimiento puede igualmente mostrar imágenes de la realidad y ofrece temas de debate a los que poder sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento; cumple en esta medida unas funciones sociales importantes (...). El entretenimiento en los medios de comunicación no es pues desdeñable ni carece de todo valor y entra por tanto también en el campo de aplicación de los derechos fundamentales (...).» Asimismo, vinculada a esta posición fundamental del *infotainment* el Tribunal Constitucional Federal de Alemania presentó una especial teoría respecto de la información legítima que puede divulgarse respecto de las celebridades y las personas públicas. Para ello partió de una idea que en nuestro trabajo de investigación se analizará en detalle: la idea de ejemplaridad<sup>350</sup>. Claro que ella no le sirvió como una teoría ética, sino como una especie de «patente de corso» que autoriza a la prensa para avanzar sobre la

---

<sup>350</sup> Véase en la página 341.

privacidad de los personajes notorios. En este sentido comenzó por sostener [confundiendo casi el ejemplo con la ejemplaridad<sup>351</sup>] que las celebridades encarnan ciertos valores morales y ciertos modos de vida; y que [por imitación añadimos nosotros – reflexionando con Javier Gomá–] muchas personas orientan sus alternativas de vida siguiendo el ejemplo que ellas dan. Se convierten en puntos de referencia que imponen la adhesión o el rechazo y desempeñan funciones de modelo o de contraste. La constatación de esta «imitación» le sirvió al Tribunal Constitucional Federal Alemán para, en un solo paso, dar por justificado el interés del público en las más mínimas peripecias que adornan la vida de las personas con notoriedad pública. Aún más, afirmó que en el caso de los políticos, este *interés del público* [adviértase aquí la identificación que hace entre los conceptos «interés público»/«interés del público»] se ha considerado siempre legítimo desde el punto de vista de la transparencia y del control democrático. Y así las cosas, no puede negarse en principio que exista igualmente para otras personalidades de la vida pública. La representación de personas no limitada a funciones o a acontecimientos determinados es misión de la prensa y depende por tanto también de la esfera de protección de la libertad de prensa. En definitiva, lo que se hizo fue sostener una especial interpretación de la categoría «persona absoluta de la historia contemporánea»; categoría jurídica que en este trabajo hemos dicho que no resulta bajo ningún punto de vista aplicable en nuestro ámbito constitucional<sup>352</sup>. En efecto, para este Tribunal alemán, según puede interpretarse la Ley de Derecho de Autor, en el caso de las personas que forman parte del ámbito de la historia contemporánea lo que ha de tenerse en cuenta y sobre lo que puede informarse no es solamente los acontecimientos de alcance histórico o político, sino

---

<sup>351</sup> Véase Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 192.

<sup>352</sup> Véase en la página 121.

aquello que es interés del público en ser informado. Concretamente se arriesga a sostener que la prensa dispone, dentro de los límites legales, de un margen de maniobra suficiente que le autoriza a decidir, según sus criterios de publicación, lo que exige el interés público. Por el contrario, si se debiera limitar el derecho a publicar imágenes de personas que se considera forman parte del ámbito de la historia contemporánea a los casos en los que las imágenes aluden al ejercicio de funciones oficiales, no se tendría en cuenta suficientemente el interés que suscitan con razón en el público dichas personas y se favorecería además una presentación selectiva, que privaría al público de ciertas posibilidades de juicio necesarias para la vida socio-política, teniendo en cuenta la función de modelo que asumen estas personas y la influencia que ejercen.

La sentencia del TEDH siguió la línea de argumentación marcada por la Resolución 1165 del año 1998 de la 10 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que propone directrices para el respeto a la vida privada. Fue así como reconoció, una vez más, que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática; que sin traspasar ciertos límites [protección de la reputación y derechos de los demás], le corresponde comunicar informaciones e ideas sobre *todas las cuestiones de interés general*; y que comprende incluso *cierta dosis de exageración o incluso de provocación*. En el asunto relativo al equilibrio entre las protección de la vida privada y la libertad de expresión, el acento se pone: **i)** en la *contribución* [de las fotografías o artículos publicados en la prensa] *al debate de interés general*; y **ii)** que se trate de una *cuestión de importancia general*; como sucede –indica un ejemplo– con un *tema de actualidad de sumo interés público*. Hechas estas consideraciones preliminares, el TEDH sostuvo que como miembro de la familia principesca de Mónaco, «Carolina» desempeña un papel de representación en ciertas manifestaciones culturales o benéficas. Sin embargo, no ejerce ninguna función en el seno o por cuenta del Estado monegasco o de una de sus instituciones. Efectuó entonces una distinción fundamental entre un reportaje que relata

unos hechos –incluso controvertidos– que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, no desempeña dichas funciones. Y al marcar esta distinción entre funciones públicas y simple notoriedad pública, nos dio unas pistas importantísimas. En primer término hizo referencia a **«quien ejerce función en el seno o por cuenta del Estado»** [que nosotros definimos como «persona pública»] **para quien la prensa juega su rol esencial de «perro guardián» en una democracia contribuyendo a «comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público».** Respecto de estas «personas públicas» –sostuvo– existe un derecho del público a ser informado que, en circunstancias concretas, puede –incluso– referirse a aspectos de su vida privada, **máxime cuando se trata de personalidades de la política.** En otras palabras, para el TEDH es el debate político o público lo que autoriza la injerencia en ciertos aspectos de la intimidad de quien ejerce, efectivamente, una función pública. Sin embargo, en el caso de la Princesa [quien –ya se dijo– no realiza funciones por cuenta del Estado y por tanto es sólo una «persona privada con notoriedad pública»] las fotos publicadas y los comentarios de los artículos en litigio, tenían como único fin el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de su privacidad, por lo que no puede considerarse que contribuyan a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a su notoriedad. Así fue que prácticamente **reconociendo la misma distinción de categorías jurídicas subjetivas del Tribunal Constitucional, afirmó que «en el caso de una persona con notoriedad, pero que no ejerce función pública, la libertad de expresión requiere una interpretación menos amplia.** Más allá de este aspecto subjetivo, también el contexto en que fueron tomadas las fotografías en litigio sirvió para considerar una violación a la vida privada. Se destacó el acoso que padecen numerosas personalidades públicas en su vida



cotidiana y por ello se recordó que toda persona, incluso conocida del gran público, debe poder gozar de una «esperanza legítima» de protección y de respeto de su vida privada. Por todo ello, el TEDH consideró entonces que la interpretación por los tribunales alemanes del artículo 23.1 de la Ley de derechos de autor en el ámbito artístico, que consiste en calificar a una persona como tal de personalidad «absoluta» de la historia contemporánea, implica una protección muy limitada de la vida privada y del derecho a la imagen que, por ello sólo puede comprenderse para las personalidades de la vida política que desempeñan funciones oficiales. En otras palabras, lo que hizo fue desautorizar la postura tal como fue planteada por el Tribunal Constitucional alemán que presenta el *infotainment* como derecho fundamental y configurado materialmente por el «interés del público» y los criterios de publicación escogidos por la propia prensa. El TEDH fue rotundo al afirmar que, más allá de toda preferencia de la colectividad o de las editoriales, no hay contribución al debate de interés general en la vida privada de una persona con notoriedad pero que no ejerce funciones públicas. Y **aunque existiese un interés *del* público, al igual que un interés comercial de las revistas que publican fotos y artículos, dichos intereses deben desaparecer ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada.**

Sólo nos resta señalar dos votos particulares formulados por los jueces Cabral Barreto y Zupanic, que aunque ambos concordaron con la ocurrencia de una violación al Convenio [art. 8], sus argumentos fueron bien disímiles a los esbozados por la mayoría.

Cabral Barreto, sin aceptar la distinción entre «persona pública» y «persona privada con notoriedad» dio acogida favorable a la interpretación de los tribunales alemanes, en cuanto a dos aspectos: **i)** que la Princesa es una persona pública [que llamaron personalidad absoluta de la historia contemporánea]; y **ii)** y que, por ello, el público tiene derecho a estar informado sobre su vida. Para ello abre los límites del concepto manejado por la Sentencia,

recordando que de acuerdo al artículo 7 de la Resolución 1165 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, “...*Las personas públicas son las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de forma general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social, deportivo u otro*”. Aunque la Princesa no ejerza funciones oficiales en su país –sostuvo– es notorio que desempeña desde hace años un papel en la vida pública de Europa. *Para medir el interés público por su persona, basta con observar la importancia que los medios de comunicación dedican a su vida pública o privada*. A pesar de ello, afirmó la ocurrencia de una violación a la vida privada al entender que las fotografías habían sido tomadas en momentos en que la Princesa Carolina se encontraba en una situación en que podía tener la «esperanza legítima» de estar al abrigo de los medios de comunicación.

Por su parte, el Juez Zupanic, también coincidió con la violación al art. 8 del Convenio, pero sus argumentos tuvieron otro enfoque: destacó la **imposibilidad de separar la vida privada de las tareas políticas**. Según afirmó «**aquel que entra voluntariamente en la escena pública no puede pretender ser una persona privada con derecho al anonimato**». Los miembros de las familias reales, los actores, los universitarios, los políticos, etc., desempeñan sus tareas de forma pública. Pueden no buscar la publicidad pero, por definición, su imagen es, en cierta medida, propiedad pública». Como vemos, el camino elegido por este Juez no fue –como en el caso de Cabral Barreto– el derecho *del* público (interés legítimo) a saber de la vida privada de ciertos personajes, sino el mero hecho de que es imposible separar con un telón de acero la vida privada del cumplimiento de las tareas políticas. Negando entonces la posibilidad (o la pretensión) de permanecer en el anonimato, afirmó: (...) *vivir perfectamente de incógnito es el privilegio de Robinson; en lo que concierne al común de los mortales, cada uno suscita, en mayor o menor*

*medida, el interés de los demás. El derecho a la intimidad de la vida privada, por el contrario, es el derecho a no ser importunado. Cada uno puede pretender no ser importunado mientras su vida privada no se entrecruce con la vida privada de los demás. Ha llegado el momento de que se establezca un equilibrio diferente entre lo privado y protegido y lo público y no protegido».*

iii) Cerrando este mismo año 2004, el TEDH dictó la sentencia del **caso *Karhuvaara e Iitalehti contra Finlandia***<sup>353</sup>. El asunto tiene su origen en una demanda contra la República de Finlandia presentada por un ciudadano finlandés, el señor Pekka Karhuvaara y una compañía editora llamada Kustannusosakeyhtiö Iitalehti «Iitalehti». La compañía demandante había publicado un artículo sobre un juicio penal relativo al comportamiento escandaloso bajo influencia del alcohol con ataque a un funcionario de policía de un abogado en ejercicio. El artículo se titulaba «*Su esposa es Presidenta del Comité Parlamentario para la Educación y la Cultura- Abogado de Seinäjoki golpea a un policía en un restaurante*». En la nota periodística se indicaba que el acusado era el marido de una mujer miembro del Parlamento finlandés y Presidenta de su Comité para la Educación y la Cultura. Noticias posteriores decían: «*...esposo de miembro del Parlamento golpea a un policía en un restaurante*» y «*seria condena del marido de un miembro del Parlamento por alboroto en un restaurante*». La parlamentaria, que no discutía los hechos tal y como los presentaba Iitalehti, presentó una denuncia contra los editores y los periodistas involucrados al entender que el reportaje de Iitalehti había sido difamatorio y violatorio de su intimidad. Alegaba que los artículos le habían causado un sufrimiento particular porque había sido públicamente asociada con un acto delictivo que en modo alguno estaba relacionado con su persona o con su función como miembro del Parlamento. Tanto los Tribunales como los demandantes estaban de acuerdo con que la protección de la vida privada de la mujer, como miembro del

---

<sup>353</sup> Sentencia del 16 de noviembre de 2004.

Parlamento, era más limitada que la de otras personas. La diferencia de criterios radicaba en que los Tribunales finlandeses estimaron que únicamente era así en la medida en la que las cuestiones estaban relacionadas con sus funciones públicas, y hasta el punto en que el interés público lo justificara. También opinaron que el hecho de que la condena del cónyuge de un político pueda afectar a las decisiones de voto de las personas no transforma por sí solo el asunto en una cuestión de interés público como para justificar su publicación. Asimismo, la posición fundamental del Gobierno de Finlandia fue que la protección de la vida privada de la parlamentaria disminuía únicamente respecto a cuestiones que se relacionaban con su posición pública y cuya publicación fuera de interés público. Finalmente, se sostuvo que los artículos en cuestión de ninguna manera referían a sus actividades políticas; que sólo fueron creados y comercializados para aumentar las ventas del tabloide y que, en definitiva, el mero hecho de que una sentencia de prisión impuesta al cónyuge de un político pueda afectar al comportamiento de los ciudadanos en elecciones no concede un interés público significativo o justifica la mención del nombre de la señora y su matrimonio con el autor del delito.

En opinión contraria, el TEDH en primer término recordó que los límites de la crítica permisible son más estrechos en relación con un ciudadano privado que con los políticos o gobiernos<sup>354</sup>. Aplicando su ya conocida doctrina al caso finlandés, entendió que la condena de los editores supuso una injerencia ilegítima en su derecho a la libertad de expresión en tanto no se mencionaban detalles de la vida privada de la parlamentaria [la detención de su esposo era ya un hecho dado a conocer por periódicos locales] y que **ella como político debía soportar una precisión mayor a la de un ciudadano medio**. Afirmó también que, aunque la injerencia en su vida privada debía ser limitada, **el público**

---

<sup>354</sup> Se citó *Castells contra España*, de 23 abril 1992 e *Incal contra Turquía*, de 9 junio 1998.

tenía derecho a conocer aquellos hechos en la medida en que –como todos estaban de acuerdo– la condena de su cónyuge podía afectar, al menos en cierto grado, las decisiones de los votos de las personas. En definitiva, su rotunda opinión que el público tiene derecho a ser informado incluso sobre aspectos de la vida privada de las figuras públicas, particularmente si están implicados políticos. Así las cosas, en tanto la condena del cónyuge de un político puede afectar las decisiones de voto de las personas, ello indica que –al menos en cierto grado– hay en el reportaje que incluye ese dato una cuestión de interés público<sup>355</sup>. Hasta aquí las sentencias del TEDH

Como anticipamos, a partir de los fundamentos jurídicos de estas sentencias, y siguiendo un método similar del que nos servimos para el estudio de las del TC<sup>356</sup>, identificamos una serie de estándares interpretativos aplicados por el TEDH para dar respuesta al interrogante de *¿qué es legítimo conocer o divulgar de una persona pública?* Veamos;

i) El TEDH recurre a categorías jurídicas subjetivas y materiales para conformar una serie de «estándares» o «criterios guía» que señalan -en términos abstractos- cómo resolver aquellos casos en los que el derecho al respeto de la vida privada [art. 8 CEDH] de una persona entra en conflicto con los derechos reconocidos por el Convenio de Roma en su art. 10.

ii) «Persona pública» y «persona privada» son, en rigor, las dos categorías jurídicas subjetivas que maneja. De confrontarlas con las esgrimidas por el TC español,

---

<sup>355</sup> Véase *Karhuvaara e Italehti*, ap. 25.

<sup>356</sup> Véase en la página 171 y ss. «Revisión crítica de las categorías jurídicas subjetivas y material utilizada por el Tribunal Constitucional».

advertimos que la «sutil» diferencia radica en la inexistencia de una auténtica tercera categoría en el canon europeo puesto que, a la luz del señero caso *Hannover*, para el TEDH no es sino la misma categoría «persona privada» la que, como variable, puede o no poseer *notoriedad pública*. Llegado el caso, el resultante será una sub-categoría de la misma «persona privada» que identifica como «*persona privada con notoriedad*», pues tal es así como expresamente el TEDH tipifica a la Princesa Carolina de Mónaco. En efecto, se desprende de los términos de aquél fallo que sólo es «**persona pública**» aquella que ***ejerce función en el seno o por cuenta del Estado***<sup>357</sup>, lo que no sólo la emparenta, sino que **prácticamente la identifica con la categoría subjetiva nacional**, tal como es empleada por el TC<sup>358</sup>. De este modo, el ámbito conceptual de la categoría subjetiva «persona pública» de la que se vale el TEDH termina por ser más restringido que el propuesto por el artículo 7 de la Resolución 1165 de la 10 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en tanto y en cuanto ésta también categoriza como «personas públicas» a las «personas privadas con notoriedad». Adviértase que la resolución establece que *«las personas públicas son*

---

<sup>357</sup> Esta afirmación se infiere de dos grupos de apartados del fallo. Por un lado, los apartados 62 y 63 en los que se afirma, respectivamente, que: «... la demandante, como miembro de la familia principesca de Mónaco desempeña un papel de representación en ciertas manifestaciones culturales o benéficas. Sin embargo, **no ejerce función en el seno o por cuenta del Estado monegasco o de una de sus instituciones**»; y que «...conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos –incluso controvertidos– que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referente a **personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales** por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la **vida privada de una persona** que, además, como en este caso, **no desempeña dichas funciones**. Si en el primer caso la prensa juega un rol esencial de *perro guardián* en una democracia *contribuyendo a comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público* (*Observer y Guardian*, TEDH, 1991, 51) no sucede lo mismo en el segundo». Y, por otro lado, tenemos el Apartado 72 en el que sostiene que una protección tan limitada para la vida privada e imagen (como la que surge de calificar a una persona como tal de personalidad absoluta de la historia contemporánea) puede comprenderse para las personalidades de la vida política que desempeña funciones oficiales, pero no «para **una persona privada como la demandante**, para la que el interés del gran público y de la prensa se basa únicamente en su pertenencia a una familia reinante, cuando ella misma no desempeña funciones oficiales».

<sup>358</sup> Véase al respecto en la página 128 y ss. «Persona pública como persona sometida al control público». Por todas las SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8, con la que también se establece definitiva y categóricamente la distinción entre «persona pública» y «persona de proyección pública». Véase también al respecto la señalada «tercera etapa» en la utilización de la categoría «persona pública» en la página 127.

*las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de forma general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social, deportivo u otro».*

Con una opinión contraria encontramos a Bustos Gisbert para quien la categoría europea de «persona pública» incluye a «los políticos y los personajes con relevancia pública»<sup>359</sup>.

Por cierto, tampoco coincidimos con el argumento de Kaboth y Saiz. Según los autores se presenta aquí una discordancia de criterios entre el TEDH y nuestro TC. Sostienen que de manera impactante el TEDH ha reducido el concepto de personaje público a los casos en que alguien ocupe un cargo público o ejerza funciones oficiales. Por tanto –concluyen– la definición así fijada acota en gran medida el concepto que en abundantes resoluciones ha establecido el Tribunal Constitucional y que incluyen en la categoría de «persona pública» tanto a quienes gestionan poder público como a los que han alcanzado notoriedad por otras razón. Sin embargo, en absoluto podemos coincidir con esta última afirmación. Conforme hemos justificado en este trabajo suficientemente, el TC ha hecho una rotunda distinción entre las categorías «persona pública» y «persona de proyección pública» a partir de la STC 134/1999, de 15 de julio <sup>360</sup>.

La crítica que Lazcano Brotons dirige al manejo de estas categorías es que provocan una *zona gris* a la hora de interpretar el papel que deben soportar en los medios aquellos sujetos que, sin encajar plenamente en el concepto [por no desarrollar funciones oficiales o

---

<sup>359</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Pág. 620. Para el autor la distinción europea entre *personas públicas* y *no públicas* procede en gran medida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y en esencia, obedece a la idea de que quien decide voluntariamente arrojarse a la arena pública acepta ser el objeto de escrutinio constante por sus conciudadanos especialmente a través de la prensa. Por ello ha de permitir lesiones en sus derechos en aras de la salvaguardia de la construcción de una verdadera sociedad democrática (jurisprudencia muy reiterada desde el caso *Lingens contra Australia*, de 6 de junio de 1986, y *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001).

<sup>360</sup> Véase en la página 127 y Kaboth, Daniel, Saiz, Sandra, *Carolina Hannover ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: libertad de información versus intimidad y propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 68.

públicas] tampoco presentan los perfiles que permitan su conceptualización como simples ciudadanos particulares<sup>361</sup>. Claro está que desde la postura que asumimos y acabamos de exponer, tampoco esta observación resultaría válida puesto que aquella pretendida *zona gris* está ocupada por la bien identificada y estandarizada subcategoría «personas privadas con notoriedad» [caso *Hannover contra Alemania*] Y, en todo caso, como veremos en las líneas que siguen, lo decisivo es que **tanto las personas públicas como las privadas [con o sin notoriedad] están sometidas a un único y ubicuo criterio *determinante* a la hora de establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión: la contribución que lo publicado o divulgado hace al debate de interés general**<sup>362</sup>. Es por ello que, así como apreciamos para el caso del idéntico canon nacional [«*decisivo interés público en razón de la materia*»]<sup>363</sup>, este canon europeo no parece tampoco presentar fisuras en la orientación que ofrece.

Finalmente, marcada la distinción entre «persona pública» y «persona privada», resta mencionar que el principio común firmemente establecido para las dos categorías subjetivas europeas es que todas las personas, *incluso la conocida del gran público, deben gozar de una esperanza legítima de protección y respeto a su vida privada*<sup>364</sup>. Análoga afirmación es esgrimida por el TC cada vez que reitera que fuera de los casos en que se justifique una relevancia o interés del público en la divulgación de un dato u opinión, el personaje público o de proyección pública es un «particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho

---

<sup>361</sup> Lazcano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público –la necesidad de reformar la Ley Orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada*, Ed. Congreso Internacional de Ética y Derecho a la Información, Valencia, 2006, Pág. 313.

<sup>362</sup> *Hannover contra Alemania*, ap. 76.

<sup>363</sup> Véase en la página 153 y ss. Se recuerda, por todas, la STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, reiterado en fallos posteriores ya citados en el apartado correspondiente.

<sup>364</sup> *Halford contra Reino Unido*, 25 de junio de 1997, Ap. 37, recordada en *Hannover contra Alemania*, ap. 69



al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE»<sup>365</sup>.

**iii) Las categorías jurídicas materiales a las que recurre son: «cuestiones de interés público» y «necesidad social imperiosa».**

El TEDH se vale de la categoría material **«cuestión de interés público»** para hablar de la información que legítimamente puede divulgarse respecto de una persona y la presenta como el **único concepto legitimador** [que llama también **«elemento determinante»**] de las intromisiones en vida privada. Emparenta a este concepto el de **«contribución al debate de interés general»**<sup>366</sup>.

Al igual que se detectó en la doctrina del TC español, el TEDH cae en el defecto de «circularidad» en la definición de esta categoría material<sup>367</sup>. El silogismo que construye para fijar su significación se cierra sobre sí mismo cuando enuncia, en definitiva, que *«es de interés público lo que contribuye al debate de interés general»*<sup>368</sup>. No obstante, lo que sí se ha ocupado de dejar bien claro es que en todo caso, este «interés público» no debe identificarse nunca con el «interés del público» o el «interés comercial de las revistas»<sup>369</sup>. Y como bien señala Bustos Gisbert, quizás, en cuanto intento de imponer límites a algún tipo de prensa, esta

---

<sup>365</sup> Véase en la página 174 y ss. Se citan, las SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 197/1991; 85/1992; 336/1993, 117/1994, 320/1994; 6/1995; 132/1995, 19/1996 y 134/1999, de 15 de julio, FJ 7].

<sup>366</sup> El TEDH sostuvo que hay contribución al «debate de *gran* interés general» en aquella información sobre las afecciones graves que sufra un Jefe de Estado pues ello plantea una cuestión de «interés público» como lo es la transparencia en la vida política (*Plon contra Francia*, ap. 44).

<sup>367</sup> Véase en la página 154 y siguiente.

<sup>368</sup> *Hannover contra Alemania*, ap. 76, donde se afirma «...el Tribunal considera que el **elemento determinante**, a la hora de establecer un equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión, debe residir en la **contribución** que las fotografías y los artículos publicados **hacen al debate de interés general**». Véase también *Plon contra Francia*, ap. 42, 44. y 51. Prueba de la misma circularidad la da el argumento esgrimido en el caso *Tammer contra Estonia*, sentencia del 6 de febrero de 2001, , en que sostiene «que no se justificaba el interés del público» puesto que las expresiones utilizadas «no trataban de una cuestión de importancia general»

<sup>369</sup> *Hannover contra Alemania*, ap. 77.

jurisprudencia deba ser bienvenida. Sin embargo, también puede generar problemas, pues tal y como aparece formulada no tiene en cuenta algunos criterios complementarios matizadores. Así, olvida la relevancia para la valoración de la extensión del derecho a la intimidad la actitud anterior del afectado [por ejemplo, la previa venta de aspectos de su intimidad] o su eventual papel como «modelo de comportamiento social», pues como se señala en los votos particulares a la sentencia *Hannover*, la información sobre una persona pública, en ocasiones, puede contribuir a un debate público ya que éste no se puede limitar al debate político. De esta forma –opina– la legítima expectativa de que los derechos del afectado serán respetados debería fijarse de forma casuística, según las circunstancias concretas de cada caso<sup>370</sup>.

Asimismo, el TEDH se sirve de la categoría material **«necesidad social imperiosa»**<sup>371</sup> para identificar aquello que *no* puede expresarse o informarse legítimamente<sup>372</sup>. Ella aparece cuando se trata de poner un **límite a la libertad de expresión** con la pretensión de hacer referencia a que la necesidad de restricción a esta libertad [fundamento esencial de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas de su progreso

---

<sup>370</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Pág. 622.

<sup>371</sup> *Plon contra Francia*, ap. 42 y 51, y *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 37, por todas. La doctrina del TEDH acerca de esta categoría es bien conocida, se inicia con las sentencias *Handyside contra Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, y *Sunday Times contra Reino Unido*, sentencia del 26 de abril de 1979 y se prolonga hasta nuestros días (Lezertua, Manuel, *El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en «Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar», Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, Pág. 91)

<sup>372</sup> *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 37, entre otras. En el caso se afirma, «El adjetivo necesarias en el sentido del art. 10.2 implica la existencia de una necesidad social imperiosa. Los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para valorar si existe tal necesidad, pero eso va asociado a la supervisión europea, que incluye tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por un tribunal independiente. Por tanto el Tribunal está facultado para resolver en última instancia sobre si la restricción se concilia con la libertad de expresión tal y como la protege el artículo 10». Se cita *Janowski contra Polonia*, Núm. 25716/1994.

y de la realización de cada persona<sup>373</sup>] debe establecerse de manera convincente. En todo caso, tratar de examinar cada límite en la jurisprudencia sería no sólo difícil, sino sobre todo poco útil en la medida en que el TEDH no ha realizado, ni probablemente deba hacerlo, una definición acabada de los mismos<sup>374</sup>. Lo que sí puede precisarse, no obstante, es que el concepto de «necesidad social imperiosa» remite en la jurisprudencia del TEDH a una **evaluación de proporcionalidad** que busca determinar si la injerencia en cuestión resulta «proporcionada a los fines legítimos perseguidos»<sup>375</sup>. Por tanto, cuando se trata de establecer una limitación al ejercicio de las libertades de expresión e información, deberá hacerse de modo restrictivo y siempre que sea estrictamente necesario<sup>376</sup>. **Este «canon de proporcionalidad» no es en absoluto extraño al Tribunal Constitucional español,** que en términos generales tiene dicho que «la existencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más

---

<sup>373</sup> «La fundamentación filosófica de la libertad de expresión se ha manifestado tradicionalmente en dos diferentes interpretaciones. La primera afirmaría que esta libertad es un instrumento necesario para la conformación de un gobierno democrático y representativo, mientras que una segunda concepción defiende que es un derecho individual al servicio de la pura autorrealización individual, un valor de carácter personal en sí mismo considerado. Este doble carácter de la libertad de expresión es un principio adoptado por la jurisprudencia del TEDH desde el mismo comienzo de su actividad. La mayor incidencia o utilización de una u otra interpretación puede tener In reflejo directo en la solución que se adopte para casos concretos» (Lazcano Brotóns, Iñigo, *Art. 10. Libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 358). Véase también Bustos Gisbert, Rafael, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Pág. 594-596.

<sup>374</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Pág. 597-598.

<sup>375</sup> Es así que el caso *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 37 (sobre necesidad social imperiosa), antes transcrito, le sigue el 38 en el que se afirma «Al ejercer su jurisdicción de supervisión, el Tribunal debe analizar la impugnada injerencia a la vista del caso en su conjunto, incluyendo el contenido de las observaciones relativas a los demandantes y el contexto en el que se hicieron. En concreto, deben determinar si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarlas eran relevantes y suficientes». Sobre el particular se citan los casos *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, ap. 62; *Lingens contra Austria* de 8 de julio de 1986, ap. 40; *Barford contra Dinamarca* de 22 de febrero de 1989, ap. 28, entre otros. De hecho, la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 2, tiene dicho que «es doctrina reiterada de este Tribunal, **coincidente en lo sustancial con la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** al interpretar el arto 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, garantizados en el art. 18.1 CE, la adecuada solución exige que se explicité la toma en consideración de ambos derechos en presencia (SSTC 104/1986, de 17 de julio, F. 5, Y 76/1995, de 22 de mayo, F. 5, entre otras)»

<sup>376</sup> Fuentes *Bobo contra España*, sentencia del 29 de febrero de 2000, ap. 43 ii).

favorable a la eficacia y esencia de tales derecho» siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio»<sup>377</sup>

**iv) El criterio guía para evaluar qué tipo de información puede divulgarse de una y otra clase de categoría jurídica subjetivas es distinto.**

En el caso de la «**persona pública**» la prensa juega el papel de «**perro guardián**»<sup>378</sup>. Respecto de ellas hay un auténtico derecho de la colectividad a ser informada, que en algunas situaciones especiales puede incluso extenderse a aspectos de sus vidas privadas<sup>379</sup>

Por otro lado, la **persona privada** [con o sin notoriedad pública], ha de tolerar una menor injerencia. En su caso la libertad de expresión requiere una interpretación menos amplia debido a que, **en principio, no hay contribución al debate de interés general en la divulgación de su privacidad**<sup>380</sup>.

Como consecuencia del contenido de este «criterio guía», la decisión del TEDH en el caso *Hannover contra Alemania* está llamada a constituir una de las bases fundamentales de la interpretación del alcance de la vida privada de los personajes públicos<sup>381</sup> y uno de sus

---

<sup>377</sup> STSC 3/1997, de 13 de enero, FJ 6 y 159/1986, FJ 6

<sup>378</sup> *Hannover contra Alemania*, ap. 63. En cuanto al papel de «perro guardián» de la prensa en una sociedad democrática *Observer and de Guardian v United Kingdom*, de 26 de noviembre de 1991, *Plon contra Francia*, ap. 43.

<sup>379</sup> *Hannover contra Alemania*, ap. 64, *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 45,

<sup>380</sup> Se afirma en *Hannover contra Alemania*, ap. 77, «no hay contribución al debate de interés general en la vida privada de una persona con notoriedad pero que no ejerce funciones públicas. En este caso, el público carece de interés legítimo en saber dónde se encuentra o cómo se comporta generalmente en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden calificarse de aislados, y ello pese a su notoriedad».

<sup>381</sup> Lazcano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público —la necesidad de reformar la Ley Orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada*, Ob. Cit., Pág. 311. Véase también *Hannover contra Alemania*, ap. 75 donde se afirma que «el **criterio del aislamiento espacial**, que puede parecer claro en la teoría, en la práctica es demasiado vago y difícil de determinar por anticipado por la persona en

efectos más directos es, precisamente, el abandono el criterio «espacial», el referido al lugar, para resolver este tipo de casos a favor de un criterio «funcional», el fin u objetivo de la información [i.e. *debe residir en la contribución que las fotos y los artículos publicados aporten al debate de interés general*]<sup>382</sup>. Los problemas, por tanto, no se han de plantear ya en términos de frontera o localización, sino de objetivos buscados y de proporcionalidad de la intromisión en la vida privada con el objetivo de informar. Esto lleva a Bustos Gisbert a sostener que la doctrina sentada en el caso *Hannover* plantea problemas de compatibilidad con las construcciones jurisprudenciales internas y en particular de la legislación (art. 8 de la LO 1/1982) y jurisprudencia española sobre la cuestión<sup>383</sup>. Según interpreta, la decisión del TEDH es *impulsora* o *retadora*, en el sentido de alteradora del pacífico escenario hasta entonces vigente con carácter general en Europa, puesto que rechaza expresamente la aceptación de la existencia de «personas públicas universales» o personas públicas «*par excellence*», excepto en los casos de los políticos en activo. La regla jurídica que construye es que los datos privados de la persona pública no pueden en modo alguno ser divulgados si no existe una *conexión* con su proyección pública, pues no son en sí mismos constitutivos de información en la medida en que no contribuyen a debate público alguno<sup>384</sup>.

---

cuestión: en este caso, el sólo hecho de calificar a la demandante persona de personalidad *absoluta* de la historia contemporánea no basta para justificar tal intrusión en la vida privada de ésta».

<sup>382</sup> *Ibidem*, se cita a Sanderson, M.A. “Is Von Hannover v. Germany a Step Backward for the Substantive Analysis of Speech and Privacy Interest?. *European Human Rights Review*, 6, 2004, pág. 631-634. La tesis de Lazcano Brotóns es entonces que el art. 8.2 de la LO 1/1982 [con su criterio especial], es un precepto a la fecha de hoy totalmente superado y superfluo a la hora de resolver este tipo de conflictos. El criterio del carácter público o no del lugar en el que se toma la imagen de un personaje de notoriedad o proyección pública no es fundamental a la hora de valorar la posible existencia de una lesión en su derecho a la propia imagen. Son otros factores, establecidos de manera dispersa en la jurisprudencia del TS, del TC y del TEH, los que han de ser considerados [Cfr. Pág. 314].

<sup>383</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Págs. 622-623

<sup>384</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Un diálogo ejemplar: el papel del juez en escenarios de pluralismo constitucional*, en *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, IMDPC, Núm. 52, 2011, Méjico (pendiente de publicación), Pág. 5.

Claro que la interpretación del TEDH en el caso *Hannover* bien puede «retar» a algunos tribunales nacionales para que hagan un cambio en su jurisprudencia<sup>385</sup>. Sin embargo, no hay enfrentamiento que obligue en nada al Tribunal Constitucional español. En lo que a él concierne, el TEDH no le ha presentado una nueva regla jurídica puesto que desde la STC 139/2001, de 18 de junio [lo veremos también al hablar de la vida privada del alto cargo<sup>386</sup>] el TC viene asumiendo en la interpretación del art. 8.2 de la LO 1/1982 la imprescindible utilización conjunta de los criterios de interés público [criterio funcional] y lugar público [criterio espacial]<sup>387</sup>. Y ello no es de extrañar puesto que lo argumentado en aquella sentencia no es más que la aplicación de su invariable canon constitucional para todos los derechos del art. 18.1 CE [y por cierto bien anterior al caso *Hannover*] que regula que *no hay revelación de imagen o dato que, provocando una injerencia en los derechos del art. 18.1 CE, sea legítima si no tiene trascendencia pública* [y en el caso del político, si no reviste «interés público-político»]. La utilización de este «criterio guía» por el Tribunal Constitucional ya se justificó suficientemente en este trabajo al hablar del «**decisivo interés público en la materia**»<sup>388</sup>. De confrontar lo allí argumentado podrá

---

<sup>385</sup> Tal el caso del Tribunal Supremo con los argumentos de la sentencia de la sección 1ª de la sala 1ª 400/2009, de 12 de junio, a la que hace referencia Bustos Gisbert en *Un diálogo ejemplar: el papel del juez en escenarios de pluralismo constitucional*, Págs. 16-17.

<sup>386</sup> Véase en la página 498 y ss.

<sup>387</sup> Como explica Pascual Medrano «si nos atuviésemos estrictamente al tenor literal del artículo 8.2 a), el resultado –a todas luces absurdo– sería que cualquier funcionario puede ver difundida públicamente su imagen siempre que ésta se haya captado en un lugar abierto al público. Y es que, tal y como he venido defendiendo, se comprueba, nuevamente, que la aplicación del artículo 8. 2 a) requiere la concurrencia además de un **interés público informativo**, que no existe cuando la imagen venga referida a momentos de su vida privada que no tienen relación alguna con sus funciones públicas o, igualmente, cuando, al margen de la información y crítica de las mismas, la difusión de su imagen resulta formalmente injuriosa. De hecho, el TC, como acabamos de ver, advierte que, en todo caso, lo divulgado debe hallarse conectado al ejercicio de las funciones públicas de estas personas. **Es así doctrina reiterada del TC, que, en estos casos, carece de justificación la revelación de datos innecesarios para la información de interés público o el empleo de expresiones formalmente injuriosas, lo que, dada la identidad de los supuestos, debe por lógica ser también aplicado a las imágenes**» (*El derecho fundamental a la propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 145-146).

<sup>388</sup> Véase en la página 153 y ss. y en la página 164.

inferirse la adecuada armonía que hay entre este validado canon nacional y el canon europeo del «**determinante criterio de interés público**»

**v) Cuando se trata de la categoría *jurídica* subjetiva de «persona pública» y esta es un político, la categoría objetiva de «interés público» se extiende a todos aquellos hechos que puedan afectar, al menos en cierto grado, las decisiones de los votos de las personas.**

El TEDH en lo que respecta a las personas públicas ha graduado las posibilidades de injerencias<sup>389</sup>. Los límites son más amplios si se trata de un «político» que de un agente que ejerce funciones oficiales. Según su interpretación, el derecho de los ciudadanos a ser informados se reconoce muy especialmente cuando lo informado o divulgado es en relación a un político, es decir, a quien accedió a su cargo por una relación de confianza. Ante todo –tal como firma- está claro que «el político debe soportar mayor presión que el ciudadano medio»<sup>390</sup>. Pero a más de ello –también nos dice- que en su especial caso el público tiene derecho a conocer todos aquellos hechos que puedan afectar, al menos en cierto grado, las decisiones de los votos de las personas<sup>391</sup>. Y, tan es así como lo reconoce, que ha llegado a sostener que incluso resulta legítimo que los ciudadanos se interesen por sucesos relativos a la familia de estos<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> Como señala Bustos Gisbert, el segundo apartado del arto 10 establece con carácter general que la libertad de expresión está limitada por la reputación y los derechos ajenos y que **«el margen para afectar los derechos de terceros es mucho menor en los supuestos en que la persona afectada no es un político»**. El TEDH reconoce que las personas con proyección pública han de permitir algunas limitaciones en sus derechos, pero establece tres criterios correctores. Por una parte, el margen para la exageración y provocación tolerado ha sido sensiblemente menor, por otra, ha sido mucho más exigente a la hora de establecer la existencia de una base fáctica suficiente y, por último, ha destacado que las limitaciones impuestas a este tipo de sujetos han de estar vinculadas a las razones por las cuales han adquirido dicha proyección pública» (*Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, Ob. Cit., Págs. 620-621).

<sup>390</sup> *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 44. Se cita *Tammer contra Estonia*, sentencia del 6 de febrero de 2001, ap. 40.

<sup>391</sup> *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 45.

<sup>392</sup> *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*, ap. 45.

También tiene dicho que «los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político», a diferencia de un simple particular, puesto que se «expone inevitablemente y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por la totalidad de los ciudadanos; [y] debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia»<sup>393</sup>. Como vimos, también para el TC el elemento invariable que constituye la naturaleza de la tipología «persona pública» es el hecho específico de que sólo los «personajes públicos» están sometidos al control de la comunidad<sup>394</sup>.

Lo expuesto nos sirve para justificar la **relación**, que ya podemos calificar como **armónica o de compatibilidad, entre el canon europeo y el nacional, en lo tocante a los estándares interpretativos empleados para resolver conflictos entre el derecho a la privacidad y los derechos de libre comunicación**<sup>395</sup>.

En la actualidad es toda una evidencia que el TC usa frecuentemente las sentencias del TEDH como argumento de autoridad y, por cierto, las referencias *expresas* que hace de aquellas no son escasas. Pero aún más, no sólo suele invocar explícitamente los antecedentes del canon europeo, sino que también afirma que este viene siendo su criterio desde tiempo atrás<sup>396</sup>. Y casi invariablemente, si no declara su cita, se apoya en doctrina

---

<sup>393</sup> Caso *Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1946, ap. 41. También ha sostenido que los límites de la crítica admisible «son más amplios con respecto al gobierno que a un simple particular, o incluso a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar puestas bajo el control atento, no sólo de los poderes legislativos y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública» (Caso *Castells contra España*, sentencia del 23 abril 1992, ap. 46)

<sup>394</sup> Véase en la página 128 y ss. «La *persona pública* como persona sometida al control público», criterio que invariablemente viene sosteniendo desde la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8, hasta las más recientes, como la STC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 8.

<sup>395</sup> Para su confrontación más detallada, véase en especial en la página 171 y ss. «Revisión crítica de las categorías jurídicas subjetiva y material utilizadas por el Tribunal Constitucional».

<sup>396</sup> SSTC 9/2007, de 15 de enero; 216/2006 de 3 de julio, Auto 16/2006, de 18 de enero. Se afirma «Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en torno a los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad



consolidada y en antecedentes constitucionales propios que sí las tomaron como referentes en su interpretación<sup>397</sup>. Se coincide, por ello, en este punto con la observación de Queralt Jiménez pues, aunque *frecuente*, la utilización del canon europeo por parte del TC no es siempre fácil de detectar debido a que una vez que el TC acoge y asume un criterio de análisis o de ponderación de derechos previsto en CEDH o desarrollado por la jurisprudencia del TEDH, aquellos pasan a integrar la propia jurisprudencia constitucional sin que sea ya necesario explicitar su origen europeo»<sup>398</sup>.

---

de información y el derecho al honor, **coincidente en lo sustancial** con la desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Véase FJ 2), 39/2005, de 28 de febrero; 127/2004 de 19 de julio; 160/2003 de 15 de septiembre, 20/2002, de 28 de enero; 232/2002 de 9 de diciembre.

<sup>397</sup> STC 50/2010, de 4 de octubre;

<sup>398</sup> Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 207.



## 7. ¿Intimidad económica?

Precisar en qué medida conforman la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación y actividades económicas de un individuo es una cuestión de sumo interés en un trabajo como este que se propone evaluar la legitimidad de la injerencia de una ley que exige a ciertos «personajes públicos» den a conocer las actividades profesionales, mercantiles y laborales<sup>399</sup> que desarrollan [igualmente las han desarrollado y desarrollarán] y que declaren la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que conforman su patrimonio personal<sup>400</sup>. Justificada la autoridad de su palabra<sup>401</sup>, se hará referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la materia. Cada una de ellas son piezas claves, sino para resolver el interrogante de si existe una intimidad económica, sí al menos para comprender la imposibilidad de dar una respuesta rotunda, por un sí o por un no. Llegaremos a justificar que la afirmación que sostiene que los datos económicos integran la esfera de reserva es tan errónea como lo sería su tesis contraria. Pues bien, veamos estas sentencias.

**El primer pronunciamiento se plasmó en la STC 110/1984, de 26 de noviembre de 1984.** Por entonces, la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, en el marco de una pesquisa, había dictado una resolución por la que sostenía procedente la investigación de operaciones activas y pasivas de las cuentas bancarias de un contribuyente. El contribuyente, recurrente en amparo, consideró así vulnerado su derecho a la intimidad. Según su alegato en virtud de la extensión del uso de los depósitos bancarios en la vida moderna, en la marcha de éstos podrían reflejar gran parte de las peculiaridades

---

<sup>399</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 7 y 11.

<sup>400</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 12.

<sup>401</sup> Véase en la página 93 y ss.

de la vida económica, personal o familiar de sus titulares, por lo que debiera considerarse que tales cuentas forman parte del ámbito de la intimidad personal o familiar. En definitiva, la argumentación básica del contribuyente-recurrente consistió en que la exigencia de aportar las certificaciones relativas a las operaciones activas y pasivas de las cuentas constituía una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 de la Constitución. Al resolver el planteo, el Tribunal Constitucional se pronunció en términos tales que la sentencia, una y otra vez citada por la doctrina, **terminó siendo esa extraña clase de textos que se convierten en «todo para todos»<sup>402</sup>**, pues de él se **valen por igual para justificar lecturas tan opuestas como irreconciliables**. Vamos entonces a hacer una cita extensa de sus fundamentos jurídicos para contar con las pistas necesarias que avalan nuestra interpretación que –por cierto– en tanto que también es diversa de las expuestas, pasará a engrosar la lista de «posibles lecturas»

Pues bien, dijo el Tribunal Constitucional: «El primer problema que se plantea en el presente caso es determinar en qué medida entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación económica de una persona y a sus vicisitudes. El problema surge en el presente caso en relación a la Administración y se puede resumir más concretamente así: ¿en qué medida la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente? No hay duda de que en principio puede hacerlo. La simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el art. 31.1 de la norma fundamental, según el cual todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su

---

<sup>402</sup> Borges, Jorge Luis, *Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)*, en *Obras Completas I*, Emecé, Argentina, 2001, Pág. 561. Se habla de «un libro insigne, es decir, en un libro cuya materia puede ser todo para todos (1 Corintios 9, 22) pues es capaz de casi inagotables repeticiones, versiones, perversiones».

capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio. Y parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta. De ahí también la imposición del deber jurídico de colaborar con la Administración en este aspecto fundamental del bien público, deber que recae no sólo sobre los contribuyentes directamente afectados, sino que también puede extenderse, como hace la LRF, a quienes puedan presentar una ayuda relevante en esa tarea de alcanzar la equidad fiscal, como son los bancos y demás entidades de crédito». Identificada esta finalidad constitucionalmente legítima, el Tribunal Constitucional pasó a examinar en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida. Al respecto sostuvo «la respuesta ha de ser negativa, pues aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales

protegidos –STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, Sentencia 2/1982, de 29 de enero, FJ 5–. Ahora bien, el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, pues para una verificación de los ingresos del contribuyente y de su situación patrimonial puede no ser suficiente en ocasiones la exhibición de los saldos medios anuales y de los saldos a 31 de diciembre. Es importante señalar que las certificaciones pedidas al recurrente o las que se exigirían a las entidades bancarias caso de que aquél no las entregase voluntariamente son los extractos de las cuentas, en que figuran, como es notorio, sólo la causa genérica de cada partida (talón bancario, transferencia, efectos domiciliados, entrega en efectivo, etc.), pero no su causa concreta. Ahora bien, estos datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio. El recurrente parece insistir especialmente en la gravedad de que la investigación de las cuentas comprenda las operaciones pasivas, pues a nadie le importa en qué gasta cada cual su dinero. Pero el conocimiento de una cuenta corriente no puede darse si no se contempla en su integridad. Las operaciones pasivas pueden ser también reveladoras de una anómala conducta fiscal, como ocurriría, entre otros supuestos que podrían citarse, con la reiterada de una masa importante de dinero sin que se explique el destino de la misma, que ha podido trasladarse de una situación de transparencia fiscal a otra menos o nada transparente»<sup>403</sup>. «En realidad, el recurrente insiste más bien en (...) la posibilidad de que a través de la investigación de las cuentas se penetre en la zona más estricta de la vida privada, ya que en nuestra sociedad, una cuenta corriente puede constituir la biografía

---

<sup>403</sup> STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ. 5.

personal en números del contribuyente, como en frase gráfica dice el mismo recurrente»<sup>404</sup>

«No se rechaza tanto la simple exhibición de las certificaciones como la posible petición de justificación de las operaciones de la cuenta» (...) «No existen, pues, esas facultades ilimitadas de la Administración en materia fiscal que denuncia el recurrente ni puede decirse que el contenido esencial del derecho a la intimidad quede anulado o afectado por la LRF. Es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, este derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como dispone el ya citado art. 31.1 de la Constitución, deber para cuyo efectivo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal. La injerencia que para exigir el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de arbitraria»<sup>405</sup>.

Así es como para Medina Gerrero, con estas palabras, el Tribunal se mostró renuente a incluir en el ámbito de la intimidad los datos relativos a la situación económica de las personas. También sostuvo que, no obstante su estilo por momentos crítico, en el Fundamento 5º de forma rotunda se contestó negativamente al interrogante de si el conocimiento de las cuentas afectaban a la intimidad<sup>406</sup>. La interpretación opuesta la

---

<sup>404</sup> *Ibidem*, FJ 7.

<sup>405</sup> *Ibidem*, FJ 8.

<sup>406</sup> Medina Guerrero afirma «Pero el contenido materialmente garantizado por el derecho a la intimidad ha sido asimismo delimitado de forma negativa por el Tribunal Constitucional, señalando qué asuntos no pueden entenderse comprendidos en el ámbito de cobertura del tantas veces reiterado art. 18.1 CE. Así desde que en la STC 110/1984 abordó la licitud de la inspección de las cuentas bancarias a los efectos fiscales, el Tribunal se ha mostrado renuente a incluir en dicho ámbito los datos relativos a la situación económica de las personas. En esta decisión ciertamente crítica en ocasiones, de forma

presentan Herrero Tejedor<sup>407</sup> y Santamaría Pastor. Y aunque este último también destacó la «ambigüedad» del fallo (y su defectuoso planteamiento metodológico del razonamiento), a su modo de ver es precisamente el Fundamento Jurídico 8<sup>408</sup> el que da por supuesto, de modo inequívoco, que el derecho constitucional a la intimidad cubre los datos bancarios en cuestión. Claro que viendo tan nítida la postura final del Supremo Intérprete, se pregunta ¿Por qué pues la resistencia a formular una declaración clara y sencilla en este sentido? En su opinión, aún sin pretender hacer un juicio de intenciones, tal resistencia pudiera interpretarse como expresiva de un cierto escrúpulo en reconocer, sin ambages, un *privilegium fisci* que se sobrepone incluso a un derecho fundamental: es ciertamente fuerte afirmar que las cuentas corrientes forman parte del derecho a la intimidad, pero tal derecho no opera frente al fisco. Y, sin embargo, eso es justamente lo que la Sentencia, sin querer decirlo, dice<sup>409</sup>.

---

rotunda se contestó negativamente al interrogante de si el conocimiento de tales cuentas afectaban la intimidad (FJ 5º), pero ello no fue óbice para que más delante se admitiese la posibilidad de que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferir en aspectos concretos del derecho a la intimidad (FJ 8º)» (*La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 27).

<sup>407</sup> Según Fernando Herrero Tejedor «La posibilidad de que la Administración tributaria pueda exigir el examen de los movimientos de las cuentas corrientes de una persona es –sin duda– algo que puede afectar a su intimidad. El Tribunal Constitucional en esta materia se ha mostrado muy favorecedor del cumplimiento de la obligación que a todos afecta de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica (...) LA STC 110/1984 no ha excluido que en la intimidad protegida en el art. 18.1 CE pueden incluirse también datos de carácter económico pero cuya reserva a su vez puede limitarse, en el caso examinado, a favor de la Hacienda Pública» (*La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998, Pág. 63 y 66).

<sup>408</sup> Dice el Fundamento Jurídico 8º, en aquella parte que destaca el autor: «Es posible que la actividad inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, ese derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como ya dispone el art. 31.1 de la Constitución, deber para cuyo cumplimiento es evidente necesaria la inspección fiscal».

<sup>409</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 15, septiembre-diciembre 1985, Pág. 164. En opinión del autor el «defectuoso planteamiento metodológico del razonamiento» es el que ha provocado consecuencias negativas como lo son las incorrectas interpretaciones de la doctrina general que conduce, pura y simplemente, a la negación radical del derecho a la intimidad (Pág. 171). Así, en su reorganización de los argumentos, expone: «1) La primera premisa del razonamiento



Posteriormente [y para los que aún sentían que debían despejarse las dudas que dejara la STC 110/1984] apareció la STC 142/1993, de 22 de abril de 1993. En ella (y en también en las posteriores) se reconoce una coincidencia con los argumentos que concatena la referida «Teoría del Mosaico»<sup>410</sup>. En este caso los recurrentes –88 senadores– demandaron la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 2/1991 por vulnerar el derecho a la intimidad personal en tanto en su art. 1.1 obliga a los empresarios a entregar a los representantes de los trabajadores una «copia básica» de los contratos que deban celebrarse por escrito. En el Fundamento Jurídico 7º, el Tribunal Constitucional expresó: «Del segundo párrafo del art. 1.1 de la Ley 2/1991 se deduce que la “copia básica” de los contratos afectados ha de contener, en principio, “todos los datos del contrato”. Se establecen, sin embargo, dos tipos de excepciones. De un lado se excluyen expresamente “el número del documento nacional de identidad, el domicilio y el estado civil” y, de otra parte, cualquier otro dato “que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,

---

tendría que haber sido la respuesta afirmativa, y sin ambages, a la cuestión que la Sentencia plantea en su Fundamento 3.º, pero que no resuelve: con toda evidencia, los datos de la vida privada que se reflejan en las operaciones bancarias de una persona forman parte del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido, cuyo respeto ésta tiene pleno derecho a exigir; 2) El derecho y deber de secreto que pesa sobre las operaciones bancarias puede y debe ceder, previa decisión por ley formal, ante las potestades investigadoras de la Administración tributaria, al objeto de permitir la satisfacción de un interés constitucionalmente protegido, cual es el de la justa distribución de las cargas públicas. Esta segunda premisa parece igualmente indiscutible; 3) Derecho a la intimidad y potestades de investigación tributaria son dos exigencias que deben cohonestarse en su aplicación simultánea, sin que ninguna de ellas sufra más menoscabo que el que resulte estrictamente indispensable para dar cumplida satisfacción a la otra. Debe rechazarse *a limine*, pues, cualquier solución que entrañe el absoluto predominio de uno de estos valores sobre el otro: ciertamente, no cabe admitir que el derecho a la intimidad anule las potestades de investigación tributaria, cubriendo con un velo de secreto constitucionalmente protegido todos los extremos afectantes a la vida personal y familiar; pero, a la inversa, resulta igualmente rechazable la posición opuesta, que supone un poder omnímodo de investigación sin otro límite que la práctica de indagaciones arbitrarias, con la consiguiente anulación total del derecho a la intimidad (que es, justamente, la defendida por la Sentencia que comentamos); 4) La conjugación de ambas exigencias debe hacerse caso por caso, y en atención a la naturaleza de cada operación investigadora que se decida efectuar. Esto no obstante, en dicho proceso de armonización la garantía del derecho a la intimidad ostenta una posición cualitativamente superior a las potestades de investigación tributaria: lo que significa, simplemente, que, en esta materia, el derecho es la regla y las potestades investigadoras la excepción: o lo que es lo mismo, que el conflicto entre ambas exigencias debe resolverse en cada caso reconociendo a la inspección tributaria las potestades estrictamente necesarias para el cumplimiento del fin concreto de cada operación investigadora, de manera que el ámbito de intimidad sufra la menor lesión posible (Págs. 170-171).

<sup>410</sup> Sobre la «Teoría del Mosaico» véase en la página 63 y ss.

podiera afectar a la intimidad”, lo que incluye desde luego la divulgación de hechos relativos de la vida privada de una persona o familia conocido a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art. 7.4 LO 1/1982). La tacha de inconstitucionalidad se construye, pues, sobre los datos no excluidos de esa llamada “copia básica”, en que pueden encontrarse datos que pertenecen a la esfera de intimidad de los trabajadores». Es así que esta posterior sentencia interpreta a su «precursora» en los siguientes términos «Este fenómeno ha sido destacado en nuestra STC 110/1984 en la que se ha advertido la posibilidad de que, en una sociedad tecnológicamente avanzada, a través del estudio sistemático de las actuaciones económicas de un determinado sujeto, pueda llegarse a reconstruir no ya su situación patrimonial sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término. Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Al margen de que la Ley 2/1991 se limita a imponer la obligación de incluir en la “copia básica” la retribución pactada en un único momento de la relación laboral –el de su inicio, pues las sucesivas modificaciones sólo son objeto de notificación (1.2 Ley 2/1991)–, lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre (...)»<sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup> STC 142/1993, de 22 de abril de 1993, FJ 8º.

Interesa también, muy particularmente, señalar que en lo que respecta a las actividades profesionales y laborales la sentencia fue rotunda al sostener que «están más allá del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas que forma el ámbito de la vida privada»<sup>412</sup>.

Las sentencias que siguieron, fueron también poniendo el acento en la necesidad de evaluar si la información cuestionada, casi siempre relativa a cuestiones más que íntimas, privadas, permitía en modo alguno la reconstrucción de datos incluidos sí en la esfera de la intimidad<sup>413</sup>.

También ellas reiteraron la idea de que resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial<sup>414</sup>. Se

---

<sup>412</sup> Expone en su Fundamento Jurídico 7º «El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (STC 170/1987). Del propio razonamiento de los recurrentes se deriva que para ellos sólo algunos datos contenidos en un contrato de trabajo podrían considerarse, como excepción, incluidos en el ámbito de reserva impuesto por el derecho a la intimidad, entendido como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida misma» [STC 231/1988, fundamento jurídico 3.º] La imposibilidad de incardinar estos datos en la esfera íntima de la persona del trabajador y de su familia es obvia cuando se han fijado con relación a las normas legales o convencionales aplicables al caso, dada la publicidad de las mismas. Lo mismo cabe decir de las cláusulas referidas al contenido de la prestación laboral, a las condiciones de trabajo y a la duración y a la modalidad contractual, materias estas que exceden de la esfera estrictamente personal y entran en el «ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad» (STC 170/1987, fundamento jurídico 4.º) Véase también al respecto Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, Ob. Cit., Pág. 65, Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit.; Mieres Mieres, Luís Javier, *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Ob. Cit.)

<sup>413</sup> STC 142/1993 de 22 de abril de 1993, FJ 8 en la que se concluyó que «hay que descartar que el conocimiento de la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de los datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad» y que «la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad del gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre». Asimismo la STC 143/1994.

<sup>414</sup> STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6.

entiende que las actividades profesionales, mercantiles y laborales tienden a desarrollarse en el ámbito de relación con terceros, y a estar sometidas a fórmulas específicas de publicidad, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia en el tráfico económico, de ahí que sólo con extrema dificultad podrían calificarse como reservadas, en el sentido que se corresponde con el derecho a la intimidad. Y aunque en los fallos no se duda de que puede existir un interés legítimo en mantenerlas resguardadas del conocimiento de terceros, lo cierto es que en todo caso dicho interés desborda el ámbito de estricta constitucionalidad, para introducirse en la esfera de lo puramente económico<sup>415</sup>.

Otro punto en común de todas aquellas sentencias que prosiguieron a la STC 110/1984 y que se ocuparon de la llamada «intimidad económica» es que en todas estas resoluciones el análisis de la medida controvertida ha seguido el mismo esquema: i) habilitación legal suficiente; ii) fin legítimo perseguido y; finalmente, iii) proporcionalidad en la medida adoptada o prevista en la ley<sup>416</sup>.

Por último resta destacar que especial énfasis ha puesto el Tribunal en la necesidad de prever garantías de confidencialidad de los datos obtenidos a fin de considerar la carga informativa proporcionada respecto del sacrificio del derecho a la intimidad, en línea con la jurisprudencia del TEDH al respecto que exige la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos [Asunto *Leander*, TEDH 1987, 4, párr. 60, y asunto *Rotaru*, TEDH 2000, 130, párr. 59<sup>417</sup>]. También en estos casos lo que se hizo fue abrir el juicio de proporcionalidad. En este sentido se dijo que «Podría sin embargo aceptarse, como

---

<sup>415</sup> STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6.

<sup>416</sup> Mieres Mieres, Luís Javier, *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Ob. Cit., Pág. 72 y ss. Asimismo las SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 9; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6.

<sup>417</sup> En la lógica de garantizar la posición del ciudadano contribuyente ante eventuales excesos que pueda cometer la Administración pública, se pronuncia el tribunal de Estrasburgo, en su STEDH de 4 de mayo de 2000 (caso *Rotaru* c. Rumania), señalando la necesidad de asegurar la confidencialidad de los datos obtenidos para evitar abusos sobre la vida de la persona.

hipótesis, que hubiera casos en que alguno de los extremos sobre los que ha de versar la información puede incidir sobre el ámbito del derecho a la intimidad, pero tampoco sería por ello mismo rechazable a priori la imposición de estas cargas informativas. Como ya ha sostenido este Tribunal, el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho»<sup>418</sup>.

En suma, como **adelantamos entendemos que la afirmación categórica de que los datos económicos (de patrimonio y actividades profesionales, laborales o mercantiles) integran el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad es tan errónea como lo sería su tesis contraria**. No es desacertado pensar que, cuando traten de los límites exactos que corresponde reconocerle ámbito de la protección de la intimidad, las conclusiones que se abstraigan de matices y contextos están

---

<sup>418</sup> SSTC 110/1984, 6 de noviembre, FJ 4; 57/1994, FJ 5 y 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6. En esta se afirma «Contemplada desde estas premisas la norma invocada, resultaría lo siguiente: a) En primer lugar, el Real Decreto 338/1990 presenta una clara orientación tributaria. Trata de establecer fórmulas de lucha contra la defraudación fiscal mediante instrumentos de seguimiento y control de las actividades que, estando previstas como gravables, se realicen por los sujetos obligados al pago de los tributos. Unas fórmulas que imponen obligaciones tanto a los sujetos obligados como a las entidades públicas o privadas con las que aquéllos realicen las actividades sometidas a tributación. Así se determinan con criterios estrictamente fiscales los sujetos obligados a disponer del NIF para intervenir en relaciones de naturaleza o trascendencia tributaria (art. 1); o la concreción de las operaciones jurídicas en que se ha de hacer constar (arts. 5, 6, 12, 13 ó 15), dejando de lado aquellos aspectos puramente formales (sobre las maneras de determinar el NIF, arts. 2, 3, 4, 7, 8, 9 ó 14) o de procedimiento de asignación de éste (arts. 10 y 11). b) Valorada como un conjunto de reglas de control en materia tributaria, es preciso recordar que “no hay un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente, con relevancia fiscal”, esgrimible ante la Administración u otros poderes públicos, puesto que, si lo hubiera, se haría imposible toda actividad general previsto en el art. 31.1 CE [SSTC 76/1990, fundamento jurídico 10; 57/1994, fundamento jurídico 5.º; ó 110/1984, fundamento jurídico 3.º], que es un objetivo claramente legítimo desde la perspectiva constitucional. Y, siendo legítima la finalidad perseguida, tampoco puede considerarse la norma como desproporcionada o contraria al contenido general del derecho, habida cuenta de la estricta relación de causa a efecto existente entre el contenido de la información y la finalidad descrita; del carácter restrictivo y teleológicamente orientado a operaciones sujetas a tributación con que se concibe la carga de informar del NIF. Como instrumento de control y, sobre todo, de la adecuación de los destinatarios de la información (la Administración) desde la perspectiva de la finalidad perseguida por la norma [STC 240/1992, fundamento jurídico 7º]».

condenadas a no acertar. En la intimidad, como en los restantes derechos de la personalidad, estamos en un terreno de absoluta singularidad, de **«autodiseño», donde su reconocimiento va a depender de las pautas culturales vigentes**, las circunstancias del caso y de la voluntad de su titular. Y más allá de que le asista o no razón a quien denuncia su modo ambiguo y críptico, es este el criterio que estimamos viene sosteniendo el Tribunal Constitucional. Quizás pueda sí concederse a Santamaría Pastor que al exponer sus razones no lo ha hecho con no toda la precisión metodológica deseable. No obstante, la jurisprudencia constitucional siempre ha concluido sobre la necesidad de evaluar caso a caso. Si hay algo que puede inferirse es que ha presentado este tema de la llamada «intimidad económica» en definitiva como un aspecto, en definitiva, «fronterizo» de la intimidad. Esto es: debido a su «potencialidad de injerencia» los datos sobre patrimonio o actividades económicas pueden ser reveladores de cuestiones privadas. Por lo tanto, según fuera el caso, sucederá que han de estar o no protegidos por el art. 18.1 CE. Lo estarían en la medida en que, como nos dice la Teoría del Mosaico, la información aportada, en combinación con otros datos o tal como ella misma los combina, permita sí averiguar aspectos de la intimidad. Es factible que varios datos unidos y referidos a la economía de un sujeto formen, tal como lo hace un mosaico, un conjunto pleno de significado de cuanto es verdadera y objetivamente íntimo en una persona y para un grupo familiar<sup>419</sup>. La cuestión nos parece del todo clara si nos entregamos a hacer una mirada retrospectiva de los pronunciamientos desde la STC 573/2001 donde se afirma que los datos económicos pueden incidir en el ámbito constitucionalmente protegido, pues «tal es su potencialidad». Y quizás, a los estrictos efectos prácticos esto no sería muy distinto de sostener, frente a

---

<sup>419</sup> Recuerda Herrero Tejedor que en los términos de la STC 142/1993, FJ 8 «lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de esta circulación no es un incondicionado y absoluto derecho a la preservación de la reserva sobre los datos económicos sino la aptitud de éstos para, en un análisis detallado y conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar» (*La intimidad como derecho fundamental*, Ob. Cit., Pág. 66).

una injerencia de la Administración, que «en principio lo hacen» (STC 573/2001)<sup>420</sup>, como «en principio no lo hacen» (STC 110/1984), pues en uno y otro caso la regla con sus excepciones nos empujan a la imprescindible evaluación del caso concreto<sup>421</sup>.

Asimismo, **no hay un mosaico más perfecto, en lo que respecta a los datos económicos, que una declaración patrimonial integral, como bien lo es la declaración que se presenta al tributar el Impuestos a la Renta de las Personas Físicas.** Lo reconoce así la STC 47/2001, de 15 de febrero, Fundamento 8, cuando señaló que resolución de la queja enjuiciada debía partir «necesariamente del reconocimiento de que en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos». Así lo había entendido también el Tribunal Constitucional cuando en la STC (Pleno) 45/1989, de 20 de febrero,

---

<sup>420</sup> Resumiendo las sentencias que se dicen afirman que en principio los datos económicos y patrimoniales de una persona pueden afectar su derecho a la intimidad personal, José Garberí Llobregat recuerda la STC 233/2005, de 26 de septiembre en tanto sostiene «En relación con la inclusión de los datos con trascendencia económica (y, por ende, tributaria) en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido es doctrina consolidada de este Tribunal la de que los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad. Así lo han puesto de relieve, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, F. 9; 233/1999, de 16 de diciembre FJ 7; y 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8» (*Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, Pág. 148).

<sup>421</sup> Sin embargo, Marc Carrillo sostiene, sin matices, que las actividades económicas conforman el ámbito de protección de la intimidad. En su postura «El derecho a no ser molestado, se manifiesta también en aquellas actividades cotidianas que no teniendo una dimensión una espacial, sin embargo, forman parte de aquel ámbito de la libre autodeterminación de la persona que define su capacidad para decidir acerca de su trayectoria vital. Es decir, de aquel espacio que forma parte de su intimidad. Entre estas actividades se encuentran, con carácter general, también las de naturaleza económica. La gestión del presupuesto personal o familiar, la organización del ahorro y de las inversiones personales, la configuración jurídica de los bienes muebles e inmuebles que forman parte del patrimonio de una persona, las aportaciones a obras de interés social o religiosa y, en fin, todo lo relacionado con su condición de sujeto económico, son variables que pueden ser parte integrantes del derecho a la intimidad. Se trata de variables que integran el universo de la libertad de decisión y gestión personal y que, en principio, excluyen cualquier injerencia externa» (*El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Pág. 115-116). Por otro lado, destacando la imperiosa necesidad de evaluar el caso concreto, aparece también la STS de 4 de noviembre de 1986 dice que para el enjuiciamiento de este recurso, cualquiera que sea la valoración que, en abstracto merezca la pública divulgación de la situación económica de una persona, es lo cierto que, dentro del caso, no se advierte que la intimidad de la actora quede afectada por dar a conocer los ingresos obtenidos por el desempeño del cargo público propio suyo y por la retribución asignada al que ejerce su marido. La delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente delimite el ámbito digno de protección. Y además, el número 3 del artículo 7 exige que la divulgación de hechos relativos a la vida privada afecte a la reputación y buen nombre, lo que obviamente no se da en el caso concreto y en sus particulares circunstancias, siendo por lo demás lícita la crítica que, a partir de la creación de empleo público y su retribución, puede ejercerse desde los órganos en que los expresa la opinión pública.

Fundamento Jurídico 9, estimó que el precepto que imponía a los esposos el deber de presentar una declaración conjunta, por la que la ley exigía que cada uno de los cónyuges declare no sólo sus propias rentas, sino también las del otro, como miembro que es de la unidad familiar, resultaba claramente incompatible con el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Sobre el particular se dijo que el derecho a la intimidad personal no puede desconocerse en el ámbito de las relaciones matrimoniales, dado que en nuestro sistema jurídico, en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art. 1315 CC), que no puede dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo (art. 68 CC) ni de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas<sup>422</sup>.

Pero también ha de tenerse en cuenta que aún cuando los datos económicos revelen aspectos íntimos, puede que por su «trascendencia» deban ser revelados<sup>423</sup>. En los fallos hemos visto como, por ejemplo, cuando se les reconoce «trascendencia tributaria», se abre una causa justificadora de la injerencia que funciona como variante de la categoría de «interés público». Cuando los datos revelados o cuyo conocimiento se exige sirven para demostrar la realización del hecho imponible del tributo por parte del contribuyente (fin legítimo) ha de evaluarse entonces su proporcionalidad. Los ciudadanos (administrados

---

<sup>422</sup> STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 9. En estos casos, aclara la STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8 «el límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico matrimonial, y aunque (...) los recurrentes están sujetos al régimen de gananciales, de manera que ambos cónyuges están recíprocamente obligados a “informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya (art. 1388 CC), es evidente que dicho régimen no excluye la existencia de bienes privativos de cada uno de los cónyuges (arts. 1346, 1348 a 1361 y 1381 CC), respecto de los cuales la ley no exige ningún deber de información».

<sup>423</sup> Como afirma Marc Carrillo «Es evidente, que en el contexto del Estado social, la actividad económica de la persona y los derechos de la personalidad que reclama para sí, no constituyen un ámbito impermeable a la acción de los poderes públicos. Los derechos, sin duda, son un límite al poder; pero también expresan una faceta o dimensión objetiva que legitima la función pública de prestación para garantizar intereses generales» (*El derecho a no ser molestado –información y vida privada–*, Ob. Cit., Pág.117).



contribuyentes fiscales) tienen un «deber de colaboración» con la gestión tributaria para facilitar la aplicación del tributo, tales como: i) elaborar las declaraciones tributarias; y ii) efectuar «declaraciones-liquidaciones», como deber accesorio a aquella<sup>424</sup>. Por cierto, podremos retomar estos argumentos al evaluar la intimidad de los altos cargos y gobernantes, pues sabemos que estos como aquellos ciudadanos-contribuyentes tienen, bajo determinadas circunstancias, que sacrificar sus derechos en aras de interés general.

---

<sup>424</sup> Arts. 101, 102 y 104 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En cuanto a los datos de «trascendencia tributaria» la STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4.



## CAPÍTULO II

*Los altos cargos y su especial estatus jurídico*



## 1. El concepto de «alto cargo»

### 1.1. Hacia un concepto de ficción de «alto cargo»

La verdad del concepto de «alto cargo» es incierta. Si lo pensamos aplicado al ámbito del poder público, su término sólo anuncia la existencia de una autoridad que ocupa una posición jerárquica más elevada que la del resto de los puestos funcionariales. **A esta imprecisión terminológica se suma una constatada vaguedad normativa**<sup>425</sup> **que condujo a la doctrina, desde hace ya veinticinco años, a abrir un debate respecto de su límite conceptual**<sup>426</sup>. Por aquel entonces la estructura burocrática de la Administración había crecido lo suficiente como para empezar a demandar el reconocimiento de distintos niveles de mando y, consecuentemente, el sometimiento a regímenes jurídicos diferenciados, de ahí el surgimiento del interés. No obstante, las referencias que se harán a las opiniones de los administrativistas sobre la noción de «alto cargo» revisten para este trabajo tan sólo el interés de dar cuenta de la existencia de los debates vinculados a una de las principales categorías jurídicas que vamos a utilizar.

Pues bien, si lo que merece nuestro mayor esfuerzo de análisis en esta tesis son aquellas obligaciones que los altos cargos deben tomar para sí e internalizar a la luz del

---

<sup>425</sup> La noción de «alto cargo» es un claro ejemplo del tópico de la «vaguedad» en la teoría de la argumentación puesto que en este campo del saber se dice que *la expresión lingüística 'E' es vaga, si, y sólo si, en algunos casos se plantea el problema de si un determinado objeto pertenece a la referencia 'E' o no* (Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, Argumentación e Interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, diciembre de 2006, Barcelona, Pág. 171).

<sup>426</sup> Ya en el año 1984, meses posteriores a la entrada en vigencia de la primera ley de incompatibilidades del gobierno democrático (*i.e.* del 26 de diciembre de 1983) Olías de Lima Gete (Revista Española de Derecho Administrativo, *Las Incompatibilidades de los Altos Cargos*, Núm. 40-41, enero –marzo 1984, Pág. 125 y ss.), advierte sobre el comienzo de los debates jurídicos, que –a su criterio– responden a dos fenómenos: **i)** el crecimiento de la estructura burocrática de la Administración; y **ii)** la ubicación confusa, en esta burocracia, de los «altos cargos». Afirma: *“En el transcurso de las últimas décadas se han producido cambios sustanciales en la función pública de nuestro país, a lo que no es ajeno el incremento numérico de sus miembros. Ello ha traído como consecuencia una diversificación y una diferenciación creciente de sus niveles, hasta el punto de que empiece a reconocerse en la doctrina la conveniencia de someter a regímenes jurídicos diferentes lo que hasta aquí constituía, más por el efecto legal que por su propia realidad, un todo unitario”* (*Ibidem*, Pág. 125).

articulado de la Ley 5/2006, de Regulación de los conflictos de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado, debemos comenzar por aceptar que **trabajaremos con un concepto de ficción de «alto cargo»**. Pero téngase en cuenta que cuando nos decimos «forzados» a la práctica de la ficción, no lo hacemos con un propósito turbio de tergiversar la verdad, sino con la intención de delimitar con exactitud el ámbito subjetivo de nuestro estudio. En los apartados que siguen justificaremos esta opción.

## **1.2. El alto cargo en la legislación española**

Como juristas, y frente a la pretensión de conocer a qué estado de cosas o realidad hace referencia el concepto de alto cargo, debemos recurrir, en primerísimo lugar, al texto constitucional. Por su doble funcionalidad, la norma fundamental nos conducirá en estos próximos apartados a estudiar la noción de «alto cargo» desde dos enfoques: político y jurídico. Desde un **enfoque político**, vamos a hablar de las funciones gubernativas que les son propias, de cómo éstas deben desarrollarse [i.e. cuáles son los principios jurídicos y éticos que rigen la actuación de esta elite de la Administración], como así también de la función controladora que como sujetos pasivos están llamados a soportar [i.e. en qué consiste su responsabilidad política]. Por otro lado, desde un **enfoque jurídico**, se evaluará cómo se dirimen ciertos conflictos que se presentan en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de estos agentes públicos y qué especiales sacrificios es legítimo exigirles en pos del servicio al interés general, función que ellos espontáneamente han asumido.

**La Constitución Española incluye una única referencia a los «altos cargos»** y lo hace en su artículo 70.1 b), precisamente cuando recoge las causas de inelegibilidad e

incompatibilidad de los Diputados y Senadores. Indica que la incompatibilidad e inelegibilidad para ser Diputado o Senador alcanzará «a los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno», mientras que el artículo 98.1 CE delimita el contorno de este órgano al establecer que «el Gobierno se compone del Presidente, de los vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley». Luego, frente a la pregunta de *¿Cuál es el concepto de «alto cargo» que presenta la Constitución Española?*, la respuesta es que si bien **el texto constitucional no los define, sí parece indicarnos que los miembros del Gobierno son altos cargos y que, aparte de ellos, hay otros altos cargos de la Administración del Estado**. Pero lógicamente, esta solitaria referencia constitucional que, a más de ello queda inconclusa [cuando dice: «los demás miembros que establezca la ley»], no nos permite completar el perfil normativo del concepto. Nos preguntamos entonces: *¿Que concepto de «alto cargo» utilizan las restantes normas que integran el orden jurídico de la Administración General del Estado?* En líneas generales, el concepto se ha venido desarrollando en dos grandes grupos de normas: **i)** Las relativas al sistema de incompatibilidades<sup>427</sup> (actualmente identificada por la ley como de «conflicto de intereses»); y **ii)** Las que tratan los presupuestos generales del Estado. Sin embargo, unas y otras utilizan distintas nociones de «alto cargo»<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> Históricamente, la más amplia definición de los altos cargos se encontró en la normativa relativa a las incompatibilidades. La norma hoy vigente es la Ley 5/2006, de 10 de abril, de *Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado*, antes llamada «Ley de Incompatibilidades de Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración» (Leyes 25/1983, 9/1991, 12/1995)

<sup>428</sup> Rafael Jiménez Asensio califica de «errático» el comportamiento del legislador a la hora de intentar definir cuáles son los altos cargos de la Administración. Sostiene que *la confusión conceptual ha sido pauta dominante, acrecentada por la conexión temática (y simplificadora), entre lo que es (constitucionalmente) alto cargo y el régimen de incompatibilidades en el sector público. Dicho de otro modo, la noción de alto cargo se va a desarrollar normativamente, por un lado, en las distintas leyes sobre incompatibilidades de altos cargos en el sector público y en su desarrollo reglamentario, y, por otro, en las diferentes leyes anuales de Presupuestos, que han incluido dentro de la sección de altos cargos tanto al Presidente del Gobierno, como al Vicepresidente y Ministros»* (*Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas, 1998, Guipúzcoa, Págs. 78-79).

La legislación estatal emplea la categoría de «alto cargo» en las siguientes normas: **i)** Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 –derogada– [art. 10.7]<sup>429</sup>; **ii)** Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno –Ley de Gobierno, vigente– [artículos 14; 15.4; 20.2 “b” y disposición derogatoria única, apartado 1 “e”]<sup>430</sup>; **iii)** Ley 25/1983, de 26 de diciembre, – art. 1–, primera ley de incompatibilidades de la etapa democrática que lleva el título Ley de Incompatibilidades de Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración que menciona (y delimita) a los altos cargos en los artículos 1.1 y 1.3; entre otros<sup>431</sup>; **iv)** Ley 9/1991 de 22 de marzo, Ley de Incompatibilidades –derogada– que

---

<sup>429</sup> El art. 10 de la norma establece la competencia del Consejo de Ministros y en su apartado 7) dice: «...Deliberar, previamente a ser sometidas al Jefe del Estado, sobre las propuestas de nombramiento y separación de los altos cargos de la Administración pública tales como Embajadores, Capitanes Generales de cualquiera de los tres Ejércitos, Subsecretarios, Directores generales, y Gobernadores civiles. La propuesta se hará por el Jefe del Departamento ministerial correspondiente sin perjuicio de lo que dispongan para los mandos militares las leyes constitutivas del Ejército».

<sup>430</sup> La Ley de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (Ley del Gobierno) establece en su artículo 14 el *régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno*, estipulando: «...1. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna...2. Será de aplicación, asimismo, a los miembros del Gobierno el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado». El artículo 15 regula el *nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades de los Secretarios de Estado*, y establece en su apartado 1 que «...Los Secretarios de Estado son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, aprobado a propuesta del Presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo Departamento pertenezcan...» y en el apartado 4 que «...Es de aplicación a los Secretarios de Estado el régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos de la Administración General del Estado». El artículo 20.2 “b” regula las normas de funcionamiento del Gobierno y la delegación de competencias. Así, establece que no son en ningún caso delegables las normas «...relativas al nombramiento y separación de los altos cargos atribuidas al Consejo de Ministros». Finalmente, la *disposición derogatoria única* establece que «quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, en concreto (...) b) Se suprimen las menciones a los Directores de los Gabinetes de los Secretarios de Estado contenidas en el artículo 1 g) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado».

<sup>431</sup> El artículo 1 de la Ley de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración define su ámbito subjetivo en los siguientes términos: «**1.** A los efectos de esta Ley, se consideran **altos cargos** los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado y **todos aquellos titulares de puestos de libre designación por aquel que, por implicar especial confianza o responsabilidad, sean clasificados por Ley como tales.****2.** En cualquier caso se entenderán comprendidos en el número anterior los siguientes: a) Los Jefes de misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u Organismo internacional; b) Los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos ministeriales y los equiparados a ellos; c) Los miembros del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado, d) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, Gobernadores y Subgobernadores civiles y Delegados del Gobierno en las islas y en Ceuta y Melilla; e) El Director general del ente público RTVE y el Presidente, Consejeros y Secretario general del Consejo de Seguridad Nuclear; f) Los Delegados del Gobierno en los entes mencionados en el apartado 3.º de este artículo, en los puertos autónomos, Confederaciones Hidrográficas, Sociedades concesionarias de



modificaba entre otros, determinados preceptos de la Ley 25/1983 [arts. 1.1; 1.4; 3 y la disposición transitoria]<sup>432</sup>; **v)** Ley 12/1995, de 11 de mayo, que lleva el título Ley de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (disposición derogada), que define el concepto de alto cargo a los efectos de esa ley en el artículo 1<sup>433</sup>; **vi)** La Ley 5/2006, de Conflicto de

---

autopistas de peaje y COPLACO; g) El Gobernador y Subgobernador del Banco de España, los Presidentes y Directores generales del Instituto de Crédito Oficial y demás Entidades oficiales de crédito; h) El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, i) Los Presidentes, Directores generales y asimilados de las Entidades estatales autónomas; j) Los Presidentes y Directores generales de las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social... **3.** A los efectos de esta Ley, se consideran altos cargos los de Presidente, Director general, Gerente y equivalentes de entes públicos, monopolios estatales y Empresas con participación pública, directa o indirecta, mayoritaria, cualquiera que sea su forma, y de las Cajas de Ahorro de fundación pública estatal... **4.** Se exceptúan de la enumeración de los dos apartados anteriores, los puestos con nivel de Subdirector o inferior reservados reglamentariamente para su provisión entre funcionarios».

<sup>432</sup> El artículo 1 dice: «1. A los efectos de esta Ley se consideran **altos cargos** los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado y todos aquellos titulares de puestos de nombramiento directo por aquél que, por implicar especial confianza o responsabilidad, sean clasificados por Ley como tales...2. En cualquier caso se entenderán comprendidos en el número anterior los siguientes: a) Los Jefes de misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u Organismo internacional; b) Los Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales de los Departamentos ministeriales y los equiparados a ellos; c) Los miembros del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y del Gabinete de la Vicepresidencia, en su caso, y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado; d) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, Gobernadores y Subgobernadores civiles y Delegados del Gobierno en las islas y en Ceuta y Melilla; e) El Director General del ente público RTVE y el Presidente, Consejeros y Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, f) Los Delegados del Gobierno en los entes mencionados en el apartado tercero de este artículo, en los puertos autónomos y en las Sociedades concesionarias de autopistas de peaje; g) El Gobernador y Subgobernador del Banco de España, los Presidentes y Directores Generales del Instituto de Crédito Oficial y demás Entidades oficiales de crédito; h) El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia; i) Los Presidentes, Directores Generales y asimilados de las Entidades estatales autónomas”, j) Los Presidentes y Directores Generales de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social...**3.** A los efectos de esta Ley, **se consideran altos cargos** los de Presidente y Director ejecutivo, o equivalente, de entes y organismos con personalidad jurídica pública...**4.** Se exceptúan de la enumeración de los apartados anteriores los puestos reservados reglamentariamente para su provisión entre funcionarios».

<sup>433</sup> En su artículo 1 establece: «**1.** La presente Ley regula el régimen de incompatibilidad de actividades y control de intereses aplicable a los miembros del Gobierno de la Nación, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquélla...**2.** **A los efectos de esta Ley se consideran, como altos cargos:** a) Los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado; b) Los Subsecretarios; los Secretarios generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en Ceuta y Melilla y en las islas; los Delegados del Gobierno en entidades de derecho público; los Gobernadores y Subgobernadores civiles; los Directores generales y los Jefes de Misión Diplomática Permanente, así como los Jefes de Representación Permanente ante Organizaciones Internacionales; c) El Director general del Ente Público Radiotelevisión Española; el Presidente, los Consejeros y el Secretario general del Consejo de Seguridad Nuclear; los Presidentes, los Directores generales, los Directores Ejecutivos, los Directores Técnicos o de Departamento y los titulares de otros puestos o cargos asimilados, cualquiera que sea su denominación, en entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de Gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores generales de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; d) El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los Vocales del

Intereses de Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado –vigente–; **vii)** Ley 2/2008, de 23 de diciembre, Ley de Presupuesto 2009, hace referencia a los altos cargos en su Preámbulo<sup>434</sup>, en el artículos 26<sup>435</sup> y en la disposición octava “uno”<sup>436</sup>; y, finalmente, **viii)** Ley 26/2009, de 23 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado 2010, que también hace referencia a los altos cargos en su Preámbulo<sup>437</sup>; en su artículo 26 que habla de «las retribuciones de los altos cargos del

---

mismo, e) El Presidente y los Directores generales del Instituto de Crédito Oficial; f) Los Presidentes de las sociedades mercantiles en que el capital sea mayoritariamente de participación estatal cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno; g) Los miembros del Gabinete del Presidente del Gobierno y de la Vicepresidencia nombrados por Acuerdo del Consejo de Ministros y los Directores de los Gabinetes de los Ministros; h) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros».

<sup>434</sup> Se anuncia en el Preámbulo: «...En el Capítulo II, bajo la rúbrica «De los regímenes retributivos», **se mantienen en 2009, como medida de austeridad**, en los mismos términos y cuantías que en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, **las retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación y de la Administración General del Estado**, las correspondientes a los altos cargos del Consejo de Estado, y del Consejo Económico y Social y a los miembros del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, a los altos cargos de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de la Guardia Civil, así como a determinados altos cargos del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal. La necesidad de inclusión de estas previsiones en la Ley de Presupuestos Generales del Estado deriva de que la aprobación de los Presupuestos de estos Órganos y, por ende, de las referidas retribuciones, ha de hacerse por las Cortes Generales. Los principios de unidad y universalidad del presupuesto exigen que esa aprobación se realice en un documento único, comprensivo de todos los gastos del Estado, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado».

<sup>435</sup> El artículo 26 de la Ley 2/2008 regula las retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación, de sus órganos consultivos, de la Administración General del Estado y otro personal directivo”. En sus primeros apartados dice: «**Uno...** *continúan vigentes para 2009 las retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación y sus Órganos Consultivos en los mismos términos y cuantías establecidas en el artículo 26. Uno de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008...* **Dos.** *Continúan vigentes para 2009 las retribuciones de los Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores Generales y asimilados en los mismos términos y cuantías establecidas en el artículo 26. Dos de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Dichos altos cargos percibirán, el complemento de productividad que, en su caso y de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.Uno.E de la presente Ley, se asigne a los mismos por el titular del Departamento, dentro de los créditos asignados para tal fin, créditos que no experimentarán incremento en relación con los asignados en 2008, en términos homogéneos de número y tipo de altos cargos, y sin perjuicio de que las cantidades individuales asignadas puedan ser diferentes de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de este complemento»*

<sup>436</sup> **La disposición «Octava Uno» de la Ley 2/2008, sobre la limitación del gasto en los presupuestos de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, dispone: «Las retribuciones que, por cualquier concepto, perciban las personas que ostenten cargos directivos en las mutuas, y que sean abonadas con cargo al concepto 130, «Laboral Fijo», subconceptos 0 «altos cargos» y 1 «Otros directivos», en su partida 0, directivos no sometidos a convenio, del presupuesto de gastos de la correspondiente entidad, no podrán experimentar incremento alguno en el ejercicio 2009, respecto a las cuantías percibidas en el ejercicio 2008».**

<sup>437</sup> Dice en su Preámbulo: «En el Capítulo II, bajo la rúbrica «De los regímenes retributivos», **se mantienen en 2010, como medida de austeridad**, en los mismos términos y cuantías que en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, **las retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación y de la Administración General del Estado, las correspondientes a los altos cargos del Consejo de Estado, del Consejo**

Gobierno de la Nación, sus órganos consultivos, de la Administración General del Estado y otro personal directivo»<sup>438</sup>; y en la «disposición adicional séptima»), que destacamos entre todas las anteriores; y **ix)** Ley 39/2010, Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, que menciona a los altos cargos también en su Preámbulo y en su artículo 26 sobre las «retribuciones».

Como si esta enunciación no bastara para dar cuenta del errático comportamiento del legislador, constatamos también la existencia de otras muchas normas de aplicación a campos de actuación desemejantes pero que despiertan nuestra atención en tanto coinciden en una nota común: todas ellas hacen referencia a la categoría de «alto cargo» pero sin concretar jamás su significación o naturaleza jurídica<sup>439</sup>.

---

**Económico y Social, así como a los miembros del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, y a los altos cargos de las Fuerzas Armadas, de la Policía y de la Guardia Civil, así como a determinados cargos del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal»**

<sup>438</sup> Artículo 26. Retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación, de sus Órganos Consultivos, de la Administración General del Estado y otro personal directivo: Uno. A) Desde el 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de mayo de 2010 continúan vigentes las retribuciones de los **altos cargos** del Gobierno de la Nación y sus Órganos Consultivos en los mismos términos y cuantías establecidas en el artículo 26. Uno de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. B) Con efectos de 1 de junio de 2010 las retribuciones de los **altos cargos** del Gobierno de la Nación se reducirán en un 15 por 100 en términos anuales, y las correspondientes a los Presidentes de sus Órganos consultivos en un 10 por 100 en términos anuales, quedando fijadas en las siguientes cuantías, sin derecho a pagas extraordinarias y referidas a doce mensualidades, sin perjuicio de la percepción de catorce mensualidades de la retribución por antigüedad que pudiera corresponderles de acuerdo con la normativa vigente y manteniéndose vigentes el resto de los aspectos contenidos en el artículo 26...».

<sup>439</sup> Algunos de estos ejemplos son: **i)** Ley 25/1968 (Energía Nuclear) que modifica los artículos 9 y 16 de Ley 29-4-1964, sobre el límite de edad de altos cargos; **ii)** Ley 25/1968, de 20 junio (Montepíos y Mutuales) **sobre la afiliación obligatoria de altos cargos**; **iii)** Decreto de 17 noviembre 1950 (**contratos de trabajos e indemnizaciones**), **sobre las** instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del Sector Público Estatal; **iv)** Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en su artículo 36, que se ocupa de la naturaleza y régimen jurídico de la Agencia de Protección de Datos, establece que «...El Director de la Agencia de Protección de Datos dirige la Agencia y ostenta su representación. Será nombrado, de entre quienes componen el Consejo Consultivo, mediante Real Decreto, por un período de cuatro años» (apartado 1) y que «...tendrá la consideración de alto cargo y quedará en la situación de servicios especiales si con anterioridad estuviera desempeñando una función pública» (apartado 4); **v)** Ley 7/2007 de 12 de abril, Estatuto básico del empleado público que en su artículo 87 establece que serán declarados en situación de 'servicios especiales' los funcionarios de carrera cuando «...Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos»; **vi)** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece en su artículo 31.1 (que estipula el régimen de "incompatibilidades") que "...El Presidente, los Consejeros y el Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, en su condición de altos cargos de la Administración General del Estado, ejercerán su función con dedicación absoluta y estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido con carácter general para los altos cargos de la Administración

Y así las cosas, y luego de este largo camino recorrido a través de la legislación estatal, resulta que aún quedamos instalados en la imposibilidad de concretar un concepto homogéneo, sin obtener un significado poseedor de exactos e iguales caracteres de la

---

General del Estado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado”, mientras que el artículo 29. (relativo al *Nombramiento y mandato de los órganos directivos de la Comisión Nacional de la Competencia*) dispone que «1. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que lo será también del Consejo, será nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto; 2. Los Consejeros serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto. El Consejo elegirá, entre los Consejeros, un Vicepresidente; 3. El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de renovación; 4. El Director de Investigación es nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia»; **vii)** Ley 17/2006 de 5 de junio, de Radio y Televisión Públicas establece en su artículo 15 el *Estatuto personal del Consejo de Administración* de la Corporación Radio Televisión Española (RTVE) y dice: «**1.** Los miembros del Consejo de Administración tendrán dedicación exclusiva y estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado, así como al establecido en la legislación mercantil para los administradores, siendo en todo caso incompatibles con el mandato parlamentario... **2** Los miembros del Consejo de Administración no podrán tener intereses directos o indirectos en las empresas audiovisuales, discográficas, de cine, de vídeo, de prensa, de publicidad, de informática, de telecomunicaciones, de servicios de la sociedad de la información o cualquier otro tipo de entidades relacionadas con el suministro, dotación de material o programas a la Corporación RTVE y sus filiales. En todo caso los deberes de lealtad establecidos en la legislación de sociedades mercantiles para los administradores se extenderán respecto a las anteriores empresas...**3** Los miembros del Consejo de Administración tendrán la condición de cuentadantes a los efectos previstos en la legislación del Tribunal de Cuentas... **4** Los miembros del Consejo de Administración percibirán las retribuciones fijadas por el Ministro de Economía y Hacienda, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido para los altos cargos de entidades con independencia funcional...**5** Los miembros del Consejo de Administración ejercerán su cargo con sujeción a los deberes de diligente administración, fidelidad, lealtad, secreto y responsabilidad establecidos en la legislación mercantil. Asimismo ajustarán su actuación a los principios de legalidad, objetividad y buen gobierno... **6** En el ejercicio de sus funciones los consejeros actuarán con absoluta independencia, sin que puedan recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación imperativa del Gobierno ni de la Administración General del Estado u otras instituciones o entidades». Conviene mencionar que este *Consejo de Administración* tiene como función la administración y gobierno de la Corporación (art. 9.1); está compuesto por doce personas físicas (art. 10.1) de reconocida cualificación y experiencia profesional elegidas por las Cortes Generales (art. 11.1); con un mandato de seis años (art. 12.1). cotejando esta norma con la Ley 5/2006 (art. 3 sobre su ámbito de aplicación) vemos que no sólo da consideración de ‘altos cargos’ a los integrantes del Consejo de Administración de la RTVE sino que les aplica la Ley 5/2006, que según su articulado preveía aplicarse a los altos cargos de la administración nombrados por el “Consejo de Ministros” y que en el caso de incluía exclusivamente, al “director general” del hasta entonces “ente público Radiotelevisión Española”.

categoría «alto cargo»<sup>440</sup>. Por lo tanto, sin solución en el plano normativo, recurriremos entonces a los aportes doctrinales.

### 1.3. El alto cargo» en la doctrina: su ubicación en el encuentro entre política y Administración

Como se mencionó, el desavenido escenario de leyes que toman para sí la noción de «alto cargo» y el llamativo crecimiento de la burocracia administrativa inquietó a la doctrina nacional<sup>441</sup>. Muchos autores al ocuparse del binomio *política-administración*<sup>442</sup> ([i.e. las relaciones o punto de encuentro entre la política y la administración], fueron en busca de un concepto de «alto cargo» con la pretensión de identificar aquellos puestos que merecían considerarse como la elite de la administración y también de cómo eran sus relaciones con los cargos que, desde siempre, se consideraban eminentemente políticos<sup>443</sup>. Con la finalidad

---

<sup>440</sup> Es también Jiménez Asensio quien describe la estructura de la alta administración como un escenario normativo de perfiles borrosos. Afirma: «...la alta Administración en España es, todavía, una tarea pendiente. Nos encontramos, pues, ante un escenario normativo de perfiles borrosos y a la espera de una necesaria clarificación. La legislación vigente es sumamente confusa cuando se trata de delimitar exactamente cuál es el campo de actuación de la política, cuál es el ámbito de los puestos políticos-administrativos y hasta dónde llega la cima de los puestos funcionariales o de carrera administrativa en sentido estricto...» (*Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España-*, Ob. Cit., Pág. 90).

<sup>441</sup> Véase en la página 237.

<sup>442</sup> Hablar de **Gobierno** (o política) y **Administración** supone interrogarse por el papel que debe asignarse al aparato administrativo en el esquema organizacional de un Estado democrático. O dicho de forma más directa, implica plantearse nada menos que el problema de la distribución del poder en el seno de la estructura pública que concentra en sus manos su parte mayor cuota dentro del Estado; que es, a su vez, la organización más poderosa que la historia ha conocido (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Gobierno y Administración: Una reflexión Preliminar*, Documentación Administrativa N° 215 (julio-septiembre 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1988, Pág. 67).

<sup>443</sup> Laura Román Masedo señala que una serie de publicaciones de los especialistas en el tema *política-administración* a finales de los años ochenta puso de manifiesto el interés por conocer quiénes ocupan los puestos más altos en las distintas administraciones públicas y cómo estos se relacionan con los titulares de los cargos políticos (Cfr. *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, Revista de Estudios Políticos, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, octubre-diciembre N° 98, año 1998, Págs. 115-135). El artículo argumenta sobre las razones que determinaron la atención que actualmente se presta al tema. Haciendo historia, ubica el inicio del debate en el nacimiento de la doctrina liberal que, a partir de las teorías de división de poderes y representación, sitúa a la administración fuera del terreno de lo político, idea que entra en crisis a partir de la década del 70, en que el binomio ya no se estudia desde la separación sino desde el reconocimiento de la participación de los altos cargos en algo que de manera genérica se llama «política».

de sistematizar los resultados de esos estudios, identificamos dos modos que ha utilizado la doctrina para hablar de quiénes son o qué poder ejercen los altos cargos. Mientras que un sector elaboró conceptos «materiales» [vgr. Jiménez Asensio, fundamentalmente], otro claudicó en la busca de un significado uniforme que englobe a todos los sujetos de la misma categoría, para conformarse con la confección de un catálogo de posiciones dentro de la Administración a los que las normas llaman «altos cargos» y a los que adjudican un estatus especial [vgr. Meseguer Yebra y Morell Ocaña]. Conviene aquí hacer un llamado de atención: aunque el tema de los «altos cargos» –como acabamos de señalar– suele estudiarse desde del binomio política-administración, mayoritariamente la doctrina nacional más actual coincide en la afirmación de que la separación total entre una y otra es casi imposible y nada operativa, posición a la que adherimos. Como se ha afirmado con justicia, hoy en día hablar de «separación de política y administración» es una ficción ya que en su segmento superior [donde ubicamos a los altos cargos] a la administración se la considera unida con las instituciones políticas que operan dentro de ella<sup>444</sup>. En ello no hay novedad, de hecho desde la década del 70' **el binomio *política-administración* ya no se estudia desde la separación sino desde el reconocimiento de la participación de los altos cargos en algo que de manera genérica se llama «política»<sup>445</sup>**, esto es, desde la mezcla

---

<sup>444</sup> Román Masedo, Laura, *Política y administración...*, Ob. Cit., Pág. 21.

<sup>445</sup> Como explica Manuel Villoria Mendieta, históricamente los estudios sobre Administración Pública surgieron con la premisa de que los empleados públicos aplicaban lo que los políticos decidían. Y lo aplicaban con criterios técnicos. Esta **separación, además, era considerada muy positivamente**. La Administración era una actividad técnica y científica, que funcionaba mejor sin política que distorsionara la eficaz aplicación de la ley. En resumen, la política, con su patronazgo y negociación permanentes, dificultaba una buena Administración; la Administración podía y debía separarse de la política para el bien de la sociedad; la Administración era un campo técnico, donde la investigación experimental lograba sacar leyes universales que, adecuadamente seguidas, generarían bienestar; un ejecutivo fuerte e implicado debía aplicar esas leyes eliminando la apatía y corrupción. Esta tendencia no duró mucho, en realidad hasta el comienzo de la década de 1940, pero **impregnó el futuro de la Ciencia de la Administración y el de la propia Administración Pública, donde todavía hoy tienen influencia en su funcionamiento diario esos criterios: en la Administración no hay problemas políticos, ni éticos, sino problemas técnicos y legales**. Pero con el pleno desarrollo del *New Deal* en Estados Unidos y, posteriormente, con el Estado de bienestar europeo un cierto cambio había comenzado a instalarse en la política democrática, participación, debate e intervención pública eran sus armas; por ello, no tardarán mucho en

de ocupaciones de distinta naturaleza. Pero aún así y sin perjuicio de admitir este real e indudable hibridaje de funciones, no puede desconocerse tampoco que, aunque ya no desde una perspectiva material, sino exclusivamente formal, y a tenor del texto constitucional, la distinción entre política y Administración en España es nítida<sup>446</sup>. En primer lugar, según la Constitución es el Gobierno quien dirige la Administración y sólo el Gobierno. Esto lo corroboran, sin que pudiera ser de otra manera, y en su mismo pórtico, la Ley del Gobierno (art. 1.1)<sup>447</sup> y la Ley de Organización y Funcionamiento de la

---

llegar las llamadas hacia un mayor control entre los poderes y la advertencia sobre el poder descontrolado de la burocracia. A su vez, **diversos estudios demuestran desde hace más de sesenta años que la burocracia interviene de forma decisiva en la toma de decisiones políticas, o que la implantación de políticas es un campo donde la política sigue jugando un papel decisivo. En suma, la separación entre políticos y funcionarios desde la perspectiva de su importancia en la toma de decisiones que afectan a los ciudadanos no es siempre real.** Hay funcionarios que influyen en tomas de decisiones importantísimas; hay funcionarios de bajo nivel jerárquico que, a través de la implantación de las políticas, pueden dejar sin efecto tomas de decisiones del máximo nivel político (como los policías, los maestros, los enfermeros, los auxiliares de atención al público, etc.); hay funcionarios que tienen más información clave que políticos de nivel superior; hay políticos que no toman decisiones y actúan como funcionarios en el sentido más weberiano del término; hay ministros que actúan como meros jefes de equipo de burócratas de elite, etc. Es cierto que entre el presidente del gobierno y un ordenanza de ministerio hay enormes diferencias, pero aparte de estos casos extremos, **la realidad de los estudios empíricos sobre toma de decisiones en el sector público y funcionamiento de los gobiernos nos indican que ambos grupos políticos con responsabilidad de gobierno y funcionarios tienen responsabilidad en la real satisfacción del interés general y, por ello, ambos grupos pueden estar sometidos a unos principios éticos comunes y a unos sistemas de controles compartidos.** Aunque para ciertos colectivos (políticos y funcionariales) existan algunas reglas específicas que no se dan en otros (Cfr. *La corrupción política*, Editorial Síntesis, Madrid, 2006, Págs. 99 y ss.). De este desarrollo se sirve Villoria Mendieta para concluir que **la ética aplicable a los políticos, cuando actúan como dirigentes de la administración, es la ética del servidor público y que es imposible separar la corrupción de los políticos de la corrupción administrativa ya que donde se da la una se da la otra** (Cfr. Pág. 101).

<sup>446</sup> En opinión contraria a la de Villoria Mendieta, García Mexía afirma que el hecho de que en el ordenamiento español la distinción entre política y administración se presente con notable nitidez produce una inmediata e importante consecuencia: en España, el control del Gobierno, a través de ministros, sobre los distintos ministerios, es directo y contundente; como también lo es el de los ministros españoles sobre sus respectivos ministerios. En conclusión, para el autor **la función pública española no es especialmente poderosa. Ello no quiere decir que las cotas de discrecionalidad administrativa sean precisamente despreciables. Lo que se quiere decir es que el control de las instancias de carácter político, más o menos próximas al Gobierno, sobre las instancias de carácter administrativo, es en España muy notable** (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 121).

<sup>447</sup> El art. 1.1. dispone que «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado...».

Administración General del Estado –LOFAGE– (art. 2.1)<sup>448</sup>. De ello se infieren dos afirmaciones: i) que no corresponde a las Cortes Generales papel alguno en la dirección del entramado administrativo, lo que lo deja sujeto con mucha mayor firmeza a la voluntad política de su único «señor»: el propio Gobierno; y ii) que con arreglo al régimen parlamentario que establece la Constitución, es el Gobierno y no la Administración, quien responde «solidariamente de su gestión política» ante el Congreso de los Diputados. Con lo expuesto lo que buscamos es destacar que, más allá de conseguir un concepto exacto de la categoría jurídica de «alto cargo», **lo cierto es que cuando se analiza la situación de los Miembros del Gobierno y del resto de los altos cargos de la Administración General del Estado, se está tratando, en todos los casos, con un segmento especialmente poderoso del aparato estatal, y precisamente esta posición sobresaliente será un elemento de fundamental importancia a la hora de elaborar nuestras conclusiones respecto del especial status jurídico al que se los somete.**

La idea de la «especial cuota de poder» que detentan los Miembros del Gobierno y demás altos cargos de la Administración General del Estado se ve confirmada también por dos características de la Administración actual: la primera es la considerable penetración de la política en su escalafón hasta niveles jerárquicos inferiores a los que serían razonables, si es que en verdad se quiere evitar el «sistema de botín»; y la segunda es que, aunque más del ochenta por ciento de los cargos políticos actualmente son igualmente funcionarios, sería en definitiva una relación de partido o una relación de confianza la que se halla en el origen de su designación, y no una relación corporativo-funcionarial<sup>449</sup>. La

---

<sup>448</sup> El artículo 2.1 establece: «La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad a los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo».

<sup>449</sup> Prats i Catalá, Joan, *Administración pública y transición democrática*, Revista Pensamiento Iberoamericano, Núm. 5 b, 1984, Pág. 445 y ss.



importancia del Gobierno y su poder, en este sistema parlamentario, fue destacada por Sabán Godoy al analizar la situación real de la división de poderes. En su opinión se da una distorsión capital en el esquema del derecho público por la cual el ejecutivo no se limita a administrar poder sino que lo genera. El ejecutivo posee en exclusiva las claves técnicas del funcionamiento del Estado; de él parte la actividad legislativa que, en virtud de esas claves, se presume incontrolable; hacia él recaen las remisiones normativas que él mismo provoca y cuando éstas no bastan, tiene la titularidad de la potestad reglamentaria; la decisión de oportunidad es de su competencia y, entre ellas, ocupa lugar principalísimo el nombramiento de cargos que son decisivos para la suerte profesional de sus titulares. Por último, la actividad económica se encuentra de hecho sometida a sus designios<sup>450</sup>.

Ahora bien, ya dedicados al tratamiento del concepto mismo de «alto cargo», encontramos que en la doctrina nacional Jiménez Asensio identifica cuáles son los agentes que merecen esta consideración dentro de la estructura jerárquica de la alta Administración, de acuerdo a la Ley de Gobierno y LOFAGE<sup>451</sup>, y lo hace en el siguiente esquema:

## **Gobierno y Alta Administración en el Estado**

### **Gobierno:**

Presidente de Gobierno

---

<sup>450</sup> Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, Págs. 61-61. Concluye su razonamiento con la idea de que la consecuencia de este panorama es que los **partidos políticos no tienen como fin principal el nombramiento de los legisladores, como parecería natural, sino la promoción del ejecutivo**. El poder legislativo es, por todo ello, un simple instrumento del gobierno. Sus miembros se desvinculan en gran medida, e incluso institucionalmente, de la tarea que les viene encomendada (Pág. 64), **hecho que destacamos en cuanto puede ser una importante razón, a sumar a las ya expuestas, para sostener la acertada decisión del Tribunal Constitucional al incluir en el catálogo de «personas públicas» a los sujetos que tienen relieve político por desarrollar actividad en partidos políticos**. De tal suerte, ellos también estarán sometidos al escrutinio de los ciudadanos y deberán tolerar, en principio, ciertas intromisiones en sus derechos de la personalidad (art. 18.1 CE). Véase también en la página 134.

<sup>451</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Pág. 48.

Vicepresidentes

Ministros

**Órganos de colaboración del Gobierno:**

Secretarios de Estado

Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios

Secretariado del Gobierno

Gabinetes:

Del Presidente

De los Vicepresidentes

De los Ministros

De los Secretarios de Estado

**Alta Administración:**

**a) Órganos superiores**

Ministros\*

Secretarios de Estado\*

**b) Órganos directivos:**

Subsecretarios\*

Secretarios Generales\*

Secretarios Generales Técnicos\*

Directores Generales\*

Subdirectores Generales\*\*

**c) Órganos directivos territoriales:**

Delegados de Gobierno\*

## Subdelegados de Gobierno\*\*

*(\* Tienen la consideración de altos cargos. \*\* No tienen la consideración de altos cargos.)*

Como se puede apreciar en este esquema que Jiménez Asensio descarta que los miembros del Gobierno del Estado o las Comunidades Autónomas puedan formar parte de la noción de «altos cargos» puesto que ese nivel [el propio –a su criterio– de los altos cargos] es en el que se articulan complejas relaciones entre política y administración<sup>452</sup>, mientras que el ámbito connatural de aquellos otros órganos estaría sin más en «lo político». Para el autor la noción de «alto cargo» remite a una franja precisa de puestos de carácter directivo de las diferentes administraciones públicas (definición que califica como «operativa»). Los denominadores comunes que encuentra es que tales puestos están situados en la zona de la alta estructura de cada Administración, sus titulares son nombrados y cesados discrecionalmente por Real Decreto o Decreto de sus respectivos Gobiernos, y, disponen de un precario estatuto de Derecho público que configura, con muchas omisiones y de forma dispersa, cuáles son sus derechos y obligaciones. Nos interesa también destacar que Jiménez Asensio desarrolla las notas distintivas del singular régimen de derecho público de estos cargos. Vale la pena extenderse en su cita y comentario puesto que a lo largo de este trabajo se mencionarán de forma recurrente alguna de estas características que este autor ya ha enunciado con precisión.

Entonces, como marcas peculiares del estatuto de los altos cargos, se señalan:

### **i) Reclutamiento inspirado en amplísimos márgenes de discrecionalidad**

---

<sup>452</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit. Págs. 73-74.

Los altos cargos ocupan puestos de designación política. Su nombramiento es discrecional por parte del Gobierno y se cubren a propuesta del Ministro (en la Administración del Estado) o del Consejero (en las Comunidades Autónomas)<sup>453</sup>.

**ii) Confianza y lealtad activa como elementos determinantes en la relación entre el Gobierno y el alto cargo<sup>454</sup>.**

La relación dominante de esta relación entre alto cargo (designado) y Gobierno (designante) es la confianza que debe tener el segundo en el primero. Pero esta lealtad no debe ser pasiva, sino activa, pues en caso contrario podría dar lugar a la ruptura del vínculo estatutario, ruptura que se puede producir unilateralmente (por parte del designante) en cualquier momento. Asimismo, esa lealtad activa debe desplegarse con igual o superior intensidad, al menos en algunos modelos, hacia el partido que se encuentre en el poder. En determinados casos, el nombramiento de un alto cargo debe recibir previamente el plácet del aparato del partido que apoya al Gobierno. Consecuentemente, la carrera política del alto cargo está condicionada en muchos casos por el devenir del designante o proponente, pues el cese de un Ministro puede implicar también el final del curso político de aquel. En la designación de estos altos cargos se mezclan –en opinión del autor– criterios políticos, personales e, incluso (desde una perspectiva más patológica) familiares, que mediatizan el desarrollo de la relación de servicios entre el alto cargo y la Administración. La confianza es, con todo, el elemento nuclear de la relación que se entabla entre el Gobierno y el alto cargo<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> Jiménez Asensio; *Ibidem*, Pág. 151.

<sup>454</sup> Jiménez Asensio; *Ibidem*, Págs. 157-158.

<sup>455</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Ibidem*, Pág. 158. No se puede obviar el dato de que difícilmente un Gobierno pueda poner en práctica su programa político sin un dispositivo de cuadros intermedios en el cual depositar su confianza. Sin embargo, esta confianza, que no tiene que ser exclusivamente política, nunca debería llevar a desconocer la importancia de las cualidades profesionales requeridas para el desempeño de tareas directivas en las Administraciones públicas. Con ello,

### iii) Designación política de altos cargos como excepción a determinados principios constitucionales

Ese nombramiento discrecional, basado en la confianza, sea de carácter político o personal, y que inicia una relación de carácter temporal, pone de manifiesto –según Jiménez Asensio– el arrinconamiento de una serie de principios constitucionales en el proceso de designación de alto cargo. Se margina, como es obvio, el principio de igualdad en el acceso a la función y se prescinde por completo de la aplicación objetiva de los principios de mérito y capacidad<sup>456</sup>. El cese del Gobierno, sobre todo si implica un cambio de tendencia política, arrastra –más tarde o más temprano– a la práctica totalidad de los altos cargos<sup>457</sup>. Es importante señalar que a criterio de Jiménez Asensio, **este sistema discrecional de designación no sólo margina el principio de mérito sino que materializa algo más grave: atenúa (e inclusive puede llegar a anular) la imparcialidad o la neutralidad de la Administración, en la medida en la cual el alto**

---

Jiménez Asensio pone un especial énfasis en las óptimas condiciones que debería poseer el alto cargo para asumir la función, no obstante que su designación no esté cubierta por el mandato del art. 23.2 de la CE [principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad]. Pensamos, en coincidencia con el autor, que sin lugar a dudas cabe perfectamente una lectura del texto constitucional que tenga en cuenta el dato de que la función de dirección de la Administración que ostenta el Gobierno, así como la legitimación democrática de éste, no supone necesariamente que se inapliquen de modo absoluto a la alta administración determinados principios constitucionales, tales como la objetividad en la actuación de la Administración pública, la eficacia, la igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas, el mérito y la capacidad. En este sentido, tampoco se puede prescindir de la importancia intrínseca que tienen los mandatos del artículo 31.2 CE. La discrecionalidad en la administración debe operar limitada por una serie de reglas y principios constitucionales que exigen un determinado perfil a los gestores públicos. Se trata, a fin de cuentas, de equilibrar razonablemente lo que son criterios de racionalidad democrática con otros de racionalidad gerencial, sin que esa mixtura suponga la negación absoluta de ninguno de ellos. Por cierto, los conocimientos técnicos deberían estar también en el origen del poder de los cargos políticos. Pero aún más interesante es la forma en que Jiménez Asensio argumenta las relaciones de los términos que conforman el «tríptico» *«jerarquía-confianza-responsabilidad»*. Sostiene que *por regla general los altos cargos se encuentran jerarquizados entre sí, lo que dificulta más todavía su posición en la estructura, pues ya no dependen sólo de la confianza de la persona u órgano que los nombró, sino que deben mostrar lealtad completa y buena sintonía con el resto de los altos cargos que ocupan una posición de superioridad jerárquica con respecto a ellos* (Pág. 164). En este punto –para este autor– la jerarquía está también seriamente conectada con un sistema de responsabilidades que concentra en el vértice todas las imputaciones derivadas de la actuación de los altos cargos.

<sup>456</sup> Jiménez Asensio, *Ibidem*, Pág. 159.

<sup>457</sup> Jiménez Asensio, *Ibidem*, Pág. 163.

**cargo está unido por un vínculo más fuerte a la persona u órgano que le designa que a la propia Administración.** La lealtad debida al designante oscurece muchas veces la objetividad exigida en la actuación de la Administración pública. **Esta imparcialidad se ve puesta en entredicho ante un estatuto jurídico con tales elementos de inseguridad. Un estatuto marcado, además, por la no permanencia del alto cargo y, en consecuencia, siempre dependiente de la voluntad del político o del órgano político que procedió al nombramiento.**

Fuera de lo destacado por este autor, debemos mencionar que algunos altos cargos tienen, en la legislación vigente, una forma de nombramiento en algo distinta a la hasta ahora indicada<sup>458</sup>. La Ley 6/1995, de 14 de abril, refiere en su «exposición de motivos» (Punto VIII) que «como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales, la Ley consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios generales y técnicos, en todo caso, y los Directores Generales, con carácter general, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior». Asimismo, en otras normas, como la Ley de Autonomía del Banco de España, se dispone que su gobernador será nombrado por el Rey, a propuesta del presidente del Gobierno, entre quienes sean españoles y tengan reconocida competencia en asuntos monetarios o bancarios, para añadirse, de inmediato, que con carácter previo al nombramiento del gobernador, el Ministro de Economía y Hacienda comparecerá, en los términos previstos en el artículo 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados ante la comisión competente, para informar sobre el candidato propuesto. Por advertir los efectos patológicos de este tipo de nombramiento (que no dejará de atender, en definitiva, a

---

<sup>458</sup> Véase la forma de nombramiento según la LOFAGE de Secretarios de Estado, Secretarios Generales y Directores Generales en la página 279.

razones de estricta confianza política) y también por el hecho de que pueden ser separados de sus cargos con absoluta libertad, es que los principales partidos políticos españoles han declarado asumir como uno de sus objetivos el de profesionalizar, que en este contexto quiere decir despolitizar, las altas esferas de la Administración<sup>459</sup>. No obstante, llama la atención que apenas se hayan producido reacciones políticas que pretendan modificar la situación.

#### iv) Temporalidad en el cargo<sup>460</sup>

Frente a la estabilidad en el empleo como nota característica de la relación funcionarial, la relación que se entabla entre la Administración y el alto cargo es, en cambio, una relación de carácter temporal. Esta relación se inicia mediante nombramiento del Gobierno, y ese nombramiento lo es para el desarrollo de funciones determinadas en la estructura político-administrativa o en la zona alta de la Administración. La temporalidad imprime un acusado carácter de precariedad a la relación puesto que el mantenimiento de

---

<sup>459</sup> Blanco Valdés, Roberto L., *Altos cargos y control parlamentario*, Revista Claves de la Razón Práctica N° 82, 1988. Para este autor, que analiza el problema de la patrimonialización partidista de los altos cargos, una de las características de las democracias actuales es el **proceso de colonización de la administración por los partidos**, proceso que tiene una doble manifestación fundamental: de un lado, su penetración en las esferas administrativas superiores a través de diversas formas más o menos atenuadas de *spoils system*; de otro, patrimonialización por los partidos de los altos cargos del Estado que dependen de forma directa de la configuración de determinada mayoría, **cargos que se ocupan tras nombramientos que son materialmente –aunque no, como es obvio, formalmente– decididos por aquellos, sin que ello quiera decir que debieran ser siempre, nombramientos de partidos** (Pág. 14). Las políticas de nombramientos desarrolladas por los ejecutivos, altamente partidistas y sectarias, y algunas de sus excrecencias –la corrupción, de forma destacada– han contribuido decisivamente a empeorar esta situación. Aunque sería un grave error pretender explicar la corrupción como consecuencia exclusiva de la patrimonialización partidista de los más altos cargos del Estado, parece, sin embargo, difícilmente discutible que entre *disciplina de partido* y *lealtad partidista* ha hecho extraordinariamente difícil descartarla y luchar contra sus beneficiarios. Más allá de la influencia mayor o menor dependiendo de multitud de circunstancias que la forma de acceso al cargo haya podido tener a la hora de explicar comportamientos políticamente inmorales o jurídicamente ilegales, lo cierto es que esa *cultura de la resistencia* que generan los partidos sometidos a la constante crítica política y mediática derivada de los casos de corrupción que les afectan, dificulta, hasta hacerla a veces imposible, la capacidad autocrítica de los propios partidos, convertidos, según la atinada expresión de Javier Pradera, en sectas religiosas o en salas de banderas. Cuando la dialéctica del amigo/adversario se antepone a cualquier otra, es muy difícil extirpar la corrupción, pues la organización tiende a ver siempre en las denuncias procedentes del exterior ataques contra ella que sólo persiguen la finalidad de destruirla (Pág. 15).

<sup>460</sup> Jiménez Asensio, *Ibidem*, Págs. 20 y 161 y ss.

ésta se encuentra sometido a variables exógenas: entre otros factores, depende de la confianza del Gobierno, de la del Ministro, del cambio de Gobierno o del cambio de Ministro.

La designación política es otro rasgo distintivo de los «altos cargos» que también destaca Morell Ocaña y de esta se sirve, precisamente, para explicar cómo es que se justifica el carácter temporal de su función: vincula ese poder pedercedero al modo de acceso a la función y su forma de legitimación. Para este autor la selección de los titulares de los cargos representativos queda en manos del electorado, mientras que la de los que aspiran al resto de los empleos públicos se hará depender, en los textos constitucionales, del mayor mérito que puedan acreditar, frente a los demás aspirantes. En último término, el Derecho público entiende que el acceso basado en la elección produce un vínculo de permanencia de carácter temporal, que se extingue o renueva periódicamente. Cuando, por el contrario, ha sido el mérito individual la razón de acceso, debe tratarse de una vinculación permanente, de acuerdo con la concepción de que, en estos casos, el empleo público conlleva el desempeño de por vida de una profesión<sup>461</sup>.

#### **v) Deber de obediencia y lealtad a sus superiores como consecuencia del principio de jerarquía**

Los altos cargos se insertan en una estructura administrativa que se encuentra regida por el principio de jerarquía. No sólo son nombrados (y pueden ser cesados) discrecionalmente, sino que deben también obediencia y lealtad a sus superiores. Por regla general los altos cargos se encuentran jerarquizados entre sí, lo que dificulta más todavía su posición en la estructura, pues ya no dependen sólo de la confianza de la persona u órgano que les nombró, sino que deben mostrar lealtad completa y buena sintonía con el resto de

---

<sup>461</sup> Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Civitas, Madrid, 1994, Págs. 20 y ss.



altos cargos que ocupan una posición de superioridad jerárquica con respecto a ellos. Si la esencia de la jerarquía es la potestad de mando del superior y un correlativo deber de obediencia del subordinado, concluiremos que **los altos cargos pueden tener hipotecada (al menos potencialmente) su capacidad de actuación**. La jerarquización de los altos cargos no impide, sin embargo, la atribución a cada órgano directivo de sus propias competencias en las distintas normas de estructuración departamental. No obstante, **la peculiar posición del alto cargo exige una demostración permanente de lealtad (partidista o personal) hacia sus superiores**. Lo que implica que muchas de sus decisiones, al menos las más relevantes, deban consultarse permanentemente con los niveles superiores de la estructura directiva departamental. En este punto, la jerarquía está también seriamente conectada con un sistema de responsabilidades que concentra en el vértice todas las imputaciones derivadas de la actuación de los altos cargos. Pues no cabe olvidar que quien designa, de una u otra manera, se está haciendo responsable de las actuaciones políticas del designado, y frente a sus desaciertos no se puede hacer otra cosa que proponer su cese o forzar su dimisión.

#### **vi) Aplicación del sistema de incompatibilidades de los altos cargos<sup>462</sup>**

El punto más desarrollado normativamente del régimen estatutario de los «altos cargos» reside en su sistema de incompatibilidades. Para Jiménez Asensio, este sistema se sustenta doctrinalmente en la finalidad de **garantizar la independencia e imparcialidad de estos altos cargos, así como en la pretensión de asegurar el principio de eficacia en el actuar de la Administración**. Veremos luego que tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina mencionan otros fundamentos del régimen de (i.e. el principio de

---

<sup>462</sup> Jiménez Asensio, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Pág. 166.

separación de funciones y objetivos propios; el pluralismo político, la defensa y promoción de la libertad, la justicia, la igualdad y la transparencia pública en la gestión<sup>463</sup>).

**vii) Limitaciones de derechos derivadas del acceso a la condición de alto cargo**

El desempeño de la función de alto cargo implica una serie de cargas adicionales en relación a la posición del resto de los ciudadanos<sup>464</sup>. Precisamente, este rasgo característico del estatus jurídico de los altos cargos es el que interesa a nuestro trabajo. Será objeto de reflexiones posteriores, pero baste por ahora mencionar que al desarrollar una actividad pública voluntariamente [una actividad que supone además el ejercicio de funciones decisorias de relieve, por ello los llamamos la élite de la Administración], y con el fin pretendido por la norma de garantizar la independencia e imparcialidad [sistema de incompatibilidades –y conflicto de intereses–], así como la transparencia en el ejercicio de funciones públicas, el ordenamiento jurídico obliga a los altos cargos a declarar las actividades que venían realizando, el patrimonio del que disponen, alcanzando esta exigencia a todos sus bienes, derechos y obligaciones. Además, aquellos que desempeñan competencias de carácter financiero, deben encomendar la gestión de su cartera de valores o activos a una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional de Valores. En suma, el acceso a la función implica para los altos cargos restricciones en sus facultades de poseer y hacer.

**viii) Vacío normativo en cuanto al régimen de prestación de servicios<sup>465</sup>**

---

<sup>463</sup> García Mexía, Pablo, *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 124.

<sup>464</sup> Jiménez Asensio, Ibídem, Pág. 167.

<sup>465</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Pág. 169.

**ix) Régimen de retribuciones que se anuda a la denominación formal del puesto, no a las condicionales funcionales de desarrollo del mismo**<sup>466</sup>

**x) Responsabilidad atenuada**

Para Jiménez Asensio el alto cargo puede ejercer su influencia y sus funciones en un contexto de relativo anonimato o irresponsabilidad, puesto que la responsabilidad política se articula a través de un único punto de imputación: el Presidente del Gobierno<sup>467</sup>.

Debemos destacar aquí nuestra disidencia. En lo que respecta a la responsabilidad política de los gobernantes o altos cargos su tesis contiene con la que se sostendrá en este trabajo. Para este autor el sistema gira sobre la responsabilidad del Presidente que es quien, al menos formalmente, propone el nombramiento de los ministros al Rey. En rigor –según interpreta– en este caso, la responsabilidad política no se materializa sino a través de la retirada de esa confianza que previamente se había depositado; de ahí que la responsabilidad política se concrete con la dimisión, por propia voluntad, o el cese, por decisión ajena, en el cargo que se ocupa<sup>468</sup>.

**xi) Cese discrecional**

---

<sup>466</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Ibidem*, Pág. 172.

<sup>467</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Ibidem*, Pág. 174.

<sup>468</sup> Como veremos en profundidad, no coincide con estas afirmaciones [compartidas por un importante sector de la doctrina nacional] el Profesor Rafael Bustos Gisbert en cuanto reflexiona que la responsabilidad política no debe identificarse con dimisión (tal la formulación clásica de “responsabilidad política”) y cabe tanto al Presidente como a los Ministros, no así los Secretarios y restantes «altos cargos» (Cfr. *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ed. Colex, Madrid, año 2001). En esta misma línea, encontramos a Luís Morell Ocaña quien ya en el inicio mismo de su obra adelanta que tanto la responsabilidad como la confianza son compartidas por el Presidente como por los restantes miembros del gobierno. La responsabilidad política es un proceso que no sólo incluye la información, sino también la explicación, justificación, enmienda y, en su caso, sacrificio del ministro afectado (*El sistema de la confianza política*, *Ob. Cit.*, Págs. 24-25 y 58). **Sobre la postura asumida en la tesis, véase en la página 291 y ss.**

Su cese no requiere motivación y no da lugar –por regla general– a resarcimiento económico<sup>469</sup>.

Hasta aquí los rasgos distintivos trabajados por Jiménez Asensio, pero veamos cómo se ha encarado al estudio del singular estatus jurídicos de los altos cargos el resto de la doctrina nacional.

**Novo Arbona** se decidió por definir más que por catalogar a los «altos cargos», aún cuando reconoce la dificultad de la tarea<sup>470</sup>. En su opinión, los altos cargos ocupan aquellos puestos que se encuentran interpuestos, jerárquicamente, entre el nivel político y el nivel de la alta administración; que son elegidos de forma libre [con las limitaciones de competencia profesional y experiencia y en ocasiones entre funcionarios si así se establece] mediante decreto por el Consejo de Gobierno y que se reclutan con un carácter marcadamente político. Desde un punto de vista de la estructuración funcional, son los que ejercen la alta gerencia de un área concreta (junto con el nivel político), dentro de un ápice o núcleo estratégico de una organización cuyos objetivos son: el conocimiento del entorno, la fijación de los objetivos de la institución, la creación y desarrollo de su estructura y la representación de la organización de su entorno.

Ya en el segundo grupo [en el que incluimos a aquellos que no ofrecen conceptos cerrados o materiales], ubicamos a **Meseguer Yebra** para quien el hecho de que no exista un concepto jurídico de alto cargo es algo tan asumido, y consentido por los sucesivos gobiernos que toman a la categoría como un concepto social, y la tarea de definirlo tan

---

<sup>469</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Ibidem.*, Págs. 156 y 184. Cabe recordar que el nombramiento discrecional de los altos cargos tiene su contrapunto necesario en el libre cese, que se produce también de forma completamente discrecional, ya sea por motivos profesionales, personales o políticos, pues se trata de un acto que no requiere motivación.

<sup>470</sup> Novo Arbona, Ainhoa, *Altos Cargos y Directivos Públicos en las Diputaciones Forales Vasca*, Revista Vasca de Administraciones Públicas N° 58, 1, año 2000, Pág. 307.

forzosa como incierta, que vale más conformarse con un catálogo de cargos que se iría integrando con los inventarios que hagan las sucesivas leyes<sup>471</sup>. Igualmente, **Olías de Lima Gete** desecha que las definiciones materiales de altos cargos puedan resultar de alguna operatividad. Se decanta por la elaboración de un criterio formal<sup>472</sup>. Conviene recordar, previo a explicar su posición, que a la fecha de publicación de su artículo estaba vigente aquella primera ley de incompatibilidades del gobierno democrático que entrara en vigencia hacia el mes de diciembre del año 1983. La norma, ya derogada, definió como altos cargos a «los miembros del Gobierno y secretarios de Estado y todos aquellos puestos de libre designación por aquél que, por implicar especial confianza y responsabilidad, sean clasificados por la ley como tales» (art. 1.1). Se explica así que para esta autora, el concepto «material» de alto cargo (concepto que –como se señaló– critica) sería aquel que ateniéndose al texto de la norma asegura que se trata de aquellos puestos de la administración que reúnen tres requisitos: i) son nombrados por el Gobierno, ii) son clasificados por ley como tales; y iii) las funciones que desempeñan implican especial confianza o responsabilidad. Se percibe, y ello es precisamente lo observado por Olías de Lima, lo inconveniente de tal definición debido a la dificultad que supone determinar qué puestos de la jerarquía administrativa implican especial confianza o responsabilidad; más aún en la administración pública donde muchas de las funciones se desarrollan con un margen de discrecionalidad y responsabilidad que, consecuentemente, supone retener la

---

<sup>471</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de Conflicto de Intereses e Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Madrid, 2007, Pág. 76. Sin perjuicio de esto resalta una nota como la más común de la categoría: el nombramiento por parte del Consejo de Ministros. Afirma: «Nos tenemos que conformar con un catálogo de cargos y las incorporaciones a este inventario de otros tantos que van haciendo las sucesivas leyes, sin que sea posible hallar un concepto que, por mucho que se diga que existe, facilite la definición objetiva o criterio firme que permita discernir cuándo estamos ante un alto cargo y cuando no, y que no sea, por ejemplo, el dato de del nombramiento por el Consejo de Ministros, que parece ser la nota que concurre con mayor frecuencia en los distintos cargos sujetos a la ley» (Pág. 81).

<sup>472</sup> Olías de Lima Gete, Blanca, *Las Incompatibilidades de los Altos Cargos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Núm. 40-41, enero –marzo 1984, Págs. 132-137.

confianza de los responsables políticos (superiores y máximos, según la cadena de nombramientos) y donde es verdaderamente imposible trazar una línea divisoria entre lo político y lo administrativo<sup>473</sup>. Parece, entonces, más acertado manejar un criterio «formal» para identificar a los altos cargos. Su propuesta de «concepto formal» es que para que un puesto de la Administración pueda ser calificado como «alto cargo» habrán de reunirse dos condiciones «acumulativas»: i) que su nombramiento se produzca por el Gobierno a través de Decreto; y ii) que sea clasificado por ley [de aquí su ubicación en este segundo grupo de doctrinarios que opta por el «catálogo»]<sup>474</sup>.

Como podemos inferir de este breve recorrido, a pesar de los distintos modos seleccionados por la doctrina nacional para aprehender el concepto de «alto cargo», todos ellos concuerdan en cuanto a la descripción de los **rasgos distintivos de su estatus jurídico**. A partir de sus aportes podemos sostener que, en definitiva y en términos muy generales: **i) los altos cargos son puestos públicos de naturaleza genéricamente ejecutiva, partícipes del ejercicio del poder político y/o ubicados en la intersección de lo político-administrativo; ii) designados en virtud de una especial relación de confianza; y iii) que, al menos, el texto constitucional autoriza a incluir dentro de esta misma categoría al Presidente del Gobierno [investido parlamentariamente], a los**

---

<sup>473</sup> Con toda seguridad, el paso de administración a política es algo graduado. A medida que se sube por la jerarquía de la Administración las decisiones van siendo más políticas y menos administrativas.

<sup>474</sup> Al respecto menciona Olías de Lima Gete: «...Ha de tenerse también en cuenta que, como ya se ha señalado, el carácter limitativo que tiene el régimen de incompatibilidades no permite su aplicación con carácter expansivo, y que, como la práctica viene demostrando, la imprecisión será siempre utilizada para escapar de la ley y de la restricción, y no para incluirse en ella. Es muy posible que esta misma convicción sea la que ha llevado a los redactores de la ley a especificar, tras esta declaración general, los puestos que ‘en cualquier caso se entenderán comprendidos» (Las Incompatibilidades de los Altos Cargos, Ob. Cit., Págs. 133-134). Adviértase que la doble exigencia es sostenida por la autora pues el texto de la ley de 1983 no hablaba de la «simultaneidad» en los requisitos. Para justificar esta especial opinión utiliza dos argumentos. El primero de ellos es que dados los términos equívocos de la ley entonces vigente debería remitirse a otras normas con rango formal de ley en las que se produzca una equiparación o equivalencia. El segundo argumento se atiene a que la redacción del texto de la ley [cuando en el apartado 2 del artículo 1 presenta la fórmula «en cualquier caso se entenderán comprendidos»] responde –a su entender– a la convicción de sus redactores de que resultaba necesario asegurar el carácter restrictivo del sistema de incompatibilidades.

**Vicepresidentes y Ministros** [nombrados posteriormente por el Presidente con total libertad a fin de que colaboren con él en la ejecución de dicho programa presidencial de gobierno, que es el que ha obtenido la confianza de la Cámara] **y a otros puestos de la Administración que, merced ciertas normas estatales –como veremos también– serían designados por el Consejo de Ministros** [órgano colegiado de colaboración con el Presidente en la ejecución del aquél programa].

#### **1.4. El concepto de ficción de alto cargo en la Ley 5/2006, de Regulación de conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (LCI)**

El control que la Ley 5/2006 habilita sobre aspectos de la vida privada de los Miembros del Gobierno y altos cargos y, consecuentemente, la especial limitación a la que están expuestos en su derecho fundamental a la intimidad, es el objeto material de nuestro trabajo de tesis. Se explica así cierto afán en precisar con propiedad cuál es el ámbito subjetivo de estudio. Antes que nada, necesitamos saber quiénes son los «altos cargos» de los que vamos a hablar. En el intento de aproximarnos a su concepto se hicieron visibles algunos criterios desencontrados entre la legislación y doctrina. El texto constitucional parece incluir en la categoría al Presidente y Miembros del Gobierno; otras normas toman criterios bien dispares y, por su parte, la doctrina hace referencia a una franja de la administración, más precisamente a su élite, designada en sus puestos en base a una relación de confianza política. Para unos quedan están extramuros de la categoría los Miembros del Gobierno, para otros, son los Ministros la clase más jerárquica y

característica de esta figura<sup>475</sup>. No obstante, una vez que hemos dejado expuesto el estado del debate, podemos ahora sí inhibirnos de sugerir una postura sobre el exacto alcance que corresponde reconocer al término pues lo que en rigor nos interesa aquí es saber a quién dirige sus exigencias la Ley 5/2006 sobre el *Régimen de Conflicto de intereses e Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Central* y, precisamente, esta cuestión ya nos viene resuelta en la misma norma. La primera referencia de la Ley 5/2006 a su ámbito subjetivo de aplicación la hallamos en el título: miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. La redacción empleada en el título se vuelve a reproducir, casi literalmente, en el apartado primero del art. 3.1 que menciona, además a los secretarios de Estado, cargo no integrado en el Gobierno tal como corrobora el art. 1.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre<sup>476</sup>. Luego, el artículo 3 de la norma define ya concretamente su ámbito subjetivo de aplicación en el que abarca, en términos generales, a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros<sup>477</sup>. Por lo

---

<sup>475</sup> En este sentido se sostiene que la primera posición en la jerarquía estatal que conecta los ámbitos «político-administrativos» la ocupan los Ministros pues son simultáneamente titulares de un departamento ministerial y miembros de un órgano colegiado: el Gobierno. Tienen, en consecuencia, que desempeñar al mismo tiempo una tarea político-administrativa en su condición de responsable individual de un departamento. Una tarea exclusivamente política en su condición de miembros del Gobierno. Los Ministros se convierten de esta manera en el punto de conexión entre la dirección política general del país y la aplicación diaria de dicha política a través de la acción administrativa. Esta doble posición funcional de los Ministros ha sido reconocida de manera expresa en la Ley 50/1997, al establecer las funciones que les corresponden en el ejercicio de su cargo, que son las siguientes: a) Desarrollar la acción de Gobierno en el ámbito de su departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente de Gobierno; b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento; c) Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones; d) Refrendar, en su caso, los actos del Rey en materia de su competencia.

<sup>476</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 76.

<sup>477</sup> El artículo 3 de la L.O 5/2006, bajo el título «Ámbito de aplicación», establece: «1. Este Título es aplicable a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla».



tanto, cada vez que se hable de «altos cargos» en este trabajo se lo hará en función de un «concepto ficticio» en la medida en que esa referencia no estará conteniendo una noción precisa de cuáles son los caracteres genéricos y diferenciales de la categoría jurídica, ni tampoco será susceptible de ser verdadera o falsa. Sacudiéndose de toda pauta objetiva [estado de cosas o verdad], hace suya la noción con la particular extensión con que ha sido trazada por la ley 5/2006. Por tanto, nuestro estudio se contrae a aquellos «altos cargos» enunciados por la «ley de conflicto de intereses», exclusivamente.

Utilizamos en este trabajo la noción de «alto cargo» que la ley se ha diseñado, librándonos de la obligación de despejar cualquier desorientación que el término provoque. Precisamente, las ficciones legales cumplen la función técnica de conseguir la aplicación de una norma en vigor a un supuesto nuevo mediante la técnica de atribuir a éste propiedades que demanda el supuesto de hecho contemplado en la norma existente. De este modo, se vincula una disposición a una realidad quizás distinta de la en ella prevista o nombrada y se consigue que la norma discipline la nueva realidad. Fingir que A es B, es sólo un modo particular de expresar la idea de que, jurídicamente, A, debe ser tratado como destinatario de las mismas reglas aplicables a B<sup>478</sup>. Consecuentemente, con la palabra «alto cargo» hacemos referencia a todos los miembros del Gobierno, (Presidente y Ministros), a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración

---

<sup>478</sup> Como explica Rafael Hernández Marín, la expresión «**ficción legal**» se refiere a disposiciones jurídicas que con frecuencia tienen la forma «*los F se considerarán como G (o como no G)*». El sentido que el pensamiento jurídico atribuye a las disposiciones que presentan esta forma es el de que los F son G (o no G). Se comprende pues que algunos autores piensen que las ficciones legales son similares a las definiciones legales. Aunque en mi opinión son disposiciones cualificadoras, disposiciones que atribuyen la cualificación de G (o no G) a las entidades que tengan la propiedad F o que pertenezcan a la clase F. (...) la diferencia entre las «ficciones legales» y las restantes disposiciones cualificadoras se halla en el hecho de que **si las oraciones formalmente asertivas, que llamamos «ficciones legales», fuesen consideradas como auténticas aserciones, susceptibles de verdad o falsedad, serían oraciones patentemente falsas, incluso, en algún caso, contradictorias** (Hernández Marín, Rafael, *Ficciones Jurídicas*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 3, 1986, Págs. 141-148).

General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla.

Concretamente, junto a la Ley 5/2006, asumimos como «altos cargos» a<sup>479</sup>:

- a) Los miembros del Gobierno.
- b) Los secretarios de estado.
- c) Los subsecretarios y asimilados; los secretarios generales; los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en Ceuta y Melilla; los delegados del Gobierno en entidades de derecho público; y los jefes de misión diplomática permanente; así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.
- d) Los directores generales de la Administración General del Estado y asimilados.
- e) El director general del Ente Público Radiotelevisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público del sector público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- f) El presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los vocales del mismo.
- g) El presidente y los directores generales del Instituto de Crédito Oficial.
- h) Los presidentes y consejeros delegados de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal, o que sin llegar a ser mayoritaria, la posición de la Administración General del Estado sea dominante en el consejo de administración,

---

<sup>479</sup> Conforme la redacción del art. 3 de la Ley 5/2006 de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno.

i) Los miembros de los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno y de las Vicepresidencias nombrados por el Consejo de Ministros y los directores de los Gabinetes de los Ministros.

j) Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición.

k) El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión.

l) Los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.

m) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.

Este catálogo sobre el que trabajamos incluye a agentes que participan de algunas de las «notas comunes» de los altos cargos a las que la doctrina ha hecho referencia, tales como: **i) son cargos que ejercen una tarea exclusivamente política y/o política-administrativa [los ubicamos en ese hibridaje de funciones político-administrativas]; ii) en tanto designados fuera de la condiciones de mérito y capacidad, ocupan un puesto especialmente vulnerable al conflicto de intereses**

pues por su «relación fiduciaria» el origen de su nombramiento está en una relación personal o en una relación de partido; iii) como resultado de la especial posición funcional que ocupan en la alta administración estatal (su elite), de quererlo, podrían beneficiarse, ellos mismos o terceros, con una manipulación interesada de los resortes del propio orden establecido. De aquí que la legislación que con exclusividad se ocupa de ellos sea aquella que regula las incompatibilidades y los conflicto de intereses; iv) en función del poder político que ejercen su actuación corrupta o carente de ética [entre ellas el prestarse al conflicto de intereses] representará una mayor lesividad para el interés público.

La Ley 5/2006, que, casi desnaturalizándola dan en llamar como «Ley de Conflictos de Intereses»<sup>480</sup>, se dirige a los miembros del Gobierno y niveles superiores de la Administración; cargos de confianza de fuerte contenido político en su ámbito de funciones y competencias, todos ellos sujetos –en definitiva– a **responsabilidad política**. En el caso de los miembros del Gobierno –Presidente, Vices y Ministros– de responsabilidad política individual ante el Parlamento. Pero, como justificaremos, también en el caso del resto de los «altos cargos» [i.e. descendiendo desde la jerarquía de Secretarios hasta, prácticamente, la de directores generales] no sólo de responsabilidad política ante los niveles inmediatamente superiores, sino también directa ante el Parlamento<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup> Véase «Crítica al título de la ley» en la página 540 y ss.

<sup>481</sup> Luego explicaremos que donde hay puestos de confianza política hay responsabilidad política. En el caso de los «altos cargos» (estrato directivo de las organizaciones administrativas) la confianza política toma un matiz distinto, más emparentado a una lealtad personal al superior (la *fidélitas personal al que manda* de la que nos habla Luís Morell Ocaña, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Ob. Cit., Pág. 28). Ciertamente es que el alto cargo debe cumplir con su función (relación orgánica) gestionando los intereses generales de la administración conforme lo impone la

Identificado el ámbito subjetivo de estudio [los altos cargos considerados como tales por la Ley 5/2006], nos interesa justificar por qué creemos que estos sujetos políticos merecen una perspectiva singular de análisis de su derecho a la intimidad. Entendemos – volveremos sobre este punto– que la importancia social de la actividad que desarrollan y el poder público que ejercen los colocan, frente a sus derechos fundamentales y a los postulados éticos que podrían aplicárseles, en una posición bien distinta de la del resto de los ciudadanos. Procede cuestionarnos, entonces, las bases mismas de su función: plantearnos cómo se legitiman en su acceso al puesto público, y, posteriormente, bajo qué condiciones retienen esa legitimidad durante el desempeño de la función.

---

legalidad, pero cualquier extralimitación o desvío de las instrucciones recibidas (relación de servicio), cualquier actividad que pueda poner en riesgo el programa que asume y defiende el Gobierno, puede dar lugar al cese, como expresión de la retirada de confianza que el Gobierno depositó en el ahora cesado. También marcando esta relación de **«lealtad activa»** entre el alto cargo y la administración, se presenta Jiménez Asensio (*Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Pág. 170) que califica la relación de «fuerte dependencia» en tanto, normalmente, la identidad política entre el designado y el designante, que se manifiesta a través de una misma vinculación al partido.



## 2. El singular estatus jurídico de los altos cargos [el indicativo]

### 2.1. La legitimidad democrática de los altos cargos

Cuando sostenemos que los altos cargos poseen un *estatus jurídico singular*, lo que estamos haciendo es reconocer que se encuentran inmersos en un «complejo de situaciones diversas» [potestades, derechos, obligaciones, etc.] consideradas unitariamente en función del rol social y jurídico que desempeñan<sup>482</sup>. **Su posición institucional está definida por el poder político estatal que ejecutan.** Esta situación creada en torno a estos especiales sujetos, el «**indicativo**», se toma como presupuesto que origina necesariamente un «**imperativo**»: pesa sobre los altos cargos el mandato de soportar especiales cargas jurídicas y éticas, recogidas en el **deber de asumir una «responsabilidad política»**. Para comprender la razón de ser de sus particulares cargas, necesitamos previamente conocer la forma en que legítimamente adquieren y retienen ese poder del que son una consecuencia y semejante análisis no puede realizarse si no es desde dentro del contexto jurídico-constitucional en el que se incardina ese poder: la existencia de un parlamentarismo en un sistema democrático.

Sabemos que el Parlamentarismo, como forma de estado, plasma la idea de una democracia representativa. El acento de este fenómeno democrático recae en el órgano parlamentario y en las tareas que en nombre de la representación éste debe cumplir a fin de garantizar el arreglo institucional. Ello implica, a su vez, la existencia de un gobierno

---

<sup>482</sup> Con frecuencia se habla del *estatus*, término de larga tradición en el lenguaje jurídico, como de una situación compleja. Expresándose con mayor propiedad, sin embargo, habría que decir que el *estatus* es un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.) consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas. Se trata, en definitiva, de una técnica de simplificación semántica que cumple un doble papel: de una parte, el acotamiento, desde una cierta perspectiva, de un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes; de otra, la designación sintética y abstracta de dicho conjunto de situaciones jurídicas (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, Pág. 903).

representativo que como organización atenderá el interés público o del público, que no es sino el interés de los ciudadanos, decidido por sus representantes legítimos y directos de la voluntad popular. Por tanto, en un sistema democrático, el gobierno debe identificar y promover el interés general. **La Constitución Española fundamenta sobradamente la legitimación de los poderes públicos en el servicio al interés general:** según su Preámbulo, entre otras cosas, la Nación española desea «establecer la justicia» y «promover el bien de cuantos la integran», así como «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular». El artículo 103.1, comprensivo de los principios de actuación de las Administraciones públicas [poderes públicos por excelencia], consagra cuatro principios esenciales: ante todo, la Administración pública debe «servir los intereses generales». Además, la Administración pública habrá de servir esos intereses «con objetividad». Sólo de ese modo se conseguirá hacer realidad un tercer principio explícitamente mencionado en el precepto, el principio de «eficacia». Finalmente, la Administración pública ha de actuar «con sometimiento pleno», no sólo a «la ley» sino también «al Derecho». Merced a todo lo anterior se puede afirmar que el ordenamiento jurídico español proscribía actuaciones públicas exclusivamente orientadas a la satisfacción de intereses particulares<sup>483</sup>. Derivación necesaria de esto es que el Estado español, como todo poder representativo en un sistema democrático, debe ser expresión de los intereses sociales y económicos de la colectividad, más nunca mandatario de un interés particular.

Ahora bien, desde una perspectiva que adjudica al ciudadano un connatural egoísmo [que lo ve como un sujeto no sólo preocupado por su propia riqueza, poder o prestigio, sino también atento a intereses particulares de terceros], podría pensarse que para aquellos agentes que han asumido la gestión del poder político estatal existe la singular

---

<sup>483</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 88.



**obligación de subvertir sus valores personales:** los gobernantes deben reconocer un orden de valores diverso al que mantendrían de haber continuado su ordinaria condición de súbditos<sup>484</sup>. Muy probablemente, todo alto cargo, como cualquier otro agente, en el desempeño de su función entrará en contradicción con sus inclinaciones particulares, no obstante, tendrá que poner en práctica principios y máximas que no atienden sino al interés de toda la colectividad. A esta «conversión» se refiere John Stuart Mill cuando afirma que el acceso a las funciones públicas acerca una **«escuela de espíritu público»** por la que el ciudadano es llamado a pensar intereses que no son los suyos propios; a pensar fuera de sus inclinaciones personales; a sentir que es parte de «lo público» y, en definitiva, a asumir el interés público como el suyo propio<sup>485</sup>. En esta búsqueda del interés de todos, Mill ubica la aparición del gobierno representativo, tipo ideal del gobierno perfecto, pues –como afirma– sólo el gobierno que pueda satisfacer plenamente todas las exigencias del estado social es aquel que da participación en él al pueblo todo entero. Y el Estado español es un

---

<sup>484</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Editorial Alianza, 2004, Pág. 158.

<sup>485</sup> Mill, John Stuart, *Gobierno representativo*. En cuanto a esa «escuela de espíritu público» afirma: «Más saludable todavía es la parte moral de la instrucción adquirida por el acceso del ciudadano a las funciones públicas, por raro que él sea. Allí **es llamado a pesar intereses que no son los suyos; a consultar en presencia de las contradicciones otra regla que sus inclinaciones particulares; a poner incesantemente en práctica principios y máximas cuya razón de ser es el bien público**. Y, en general, en esta ocupación halla a su lado espíritus más familiarizados con estas ideas y estas operaciones, cuyo estudio suministrará razones a su inteligencia y [...] a su sentimiento del bien público. Aprende a sentir que hace parte del público y que el interés público es el suyo. Allí en donde no existe esta escuela de espíritu público, apenas se comprende si las personas que no son admitidas en una posición social eminente, tienen que llenar para con la sociedad deberes que no sean el de obedecer a las leyes y someterse al gobierno. No hay ningún sentimiento desinteresado de identificación con el público. Todo pensamiento y todo sentimiento, sea de interés o de deber, se absorbe en el individuo o en la familia. El hombre no tiene jamás la idea de los intereses colectivos, de los intereses que hay que fomentar en unión de los demás. Su prójimo se le presenta como un rival, y en caso necesario como una víctima. No siendo su vecino un aliado o un socio, puesto que jamás se lea comprometido en ninguna empresa común por el bien general, es solamente un competidor. De este modo **sufre la moralidad privada; en cuanto a la pública, ella queda extinguida**. Si fuese este el estado universal y el solo posible de las cosas, las más elevadas aspiraciones del legislador o del moralista no irían sino a hacer de la masa de la comunidad un rebaño de carneros paciando inocentemente unos al lado de otros». **La idea de la necesaria formación inicial del servidor público es sostenida con rotundidad, entre tantos otros, por Lord Nolan, al exponer sus «siete principios para la vida pública»**. Precisamente, retomando sus palabras, **González Pérez** sostiene «Ante la falta de formación –o deformación ética del que accede a la función pública, hay que suplirla, haciendo pasar al aspirante por una **«catequesis» laica inicial**, que habrá de continuar ulteriormente, con la asistencia periódica a una especie de «ejercicios espirituales» también laicos» (González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Navarra, 2006, Pág. 48).

poder representativo desde una doble perspectiva: material y formal. Materialmente, en tanto representa unos intereses sociales y económicos con los que no coincidirá de manera inmediata. Formalmente, puesto que las decisiones políticas y las normas jurídicas son adoptadas por representantes de los ciudadanos elegidos por éstos mediante elecciones libres y competidas<sup>486</sup>.

**La vinculación entre representación e interés público hace a la esencia misma de todo gobierno representativo, de suerte que las acciones que desde el poder se ejecutan prescindiendo de ella, pierden siempre legitimidad y así, rompen todo lazo social.** Pitkin justifica esta «conexión esencial» (representación-interés público) cuando razona que toda representación política es una manera particular de «actuar por»<sup>487</sup> y que específicamente todo sistema representativo debe buscar el interés público y sensibilizarse ante la opinión pública, excepto en la medida en que la falta de dicha sensibilidad pueda justificarse también en términos del interés público<sup>488</sup>.

Identificado en un primer plano el interés del público, para Pitkin como para Mill, **asumir la función pública en un gobierno representativo implica educarse (o entrenarse) en la consecución de objetivos diversos a los particulares.** El concepto de

---

<sup>486</sup> Por esto es que se ha dicho que la historia del Estado Constitucional podría ser escrita como el avance del proceso de coincidencia entre los caracteres material y formalmente representativos del Estado, esto es: un ir en busca de una vinculación (o identificación) entre los intereses sociales y económicos y la ley, como expresión de la voluntad popular.

<sup>487</sup> Ninguna de las analogías del *actuar por otros* a nivel individual parece satisfactoria para explicar la relación que existe entre un representante político y sus electores. No es ni un agente, ni un fideicomisario, ni un comisionado, ni un comisario; actúa por un grupo de personas sin un interés singular, la mayoría de las cuales parecen incapaces de formar una voluntad explícita sobre las cuestiones políticas (Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, Pág. 245-246).

<sup>488</sup> Pitkin, Hanna Fenichel, *Ibidem*, Pág. 249. En la misma línea de argumentación, Carlo Ferrajoli, al explicar la relación biunívoca entre responsabilidad política y representación política, sostiene que **la existencia de la responsabilidad es considerada el banco de pruebas de la representatividad del sistema político** (*Representación y responsabilidad política*, Jueces por la democracia, N° 60, Noviembre/2007, Madrid, 2007, Pág. 38).

representación se configura así como una continua tensión entre el ideal y el logro. Esta tensión no debería arrastrarnos ni a abandonar el ideal, retrocediendo a una definición operativa que acepta todo lo que hacen aquellos que comúnmente son designados como representantes, ni a abandonar su institucionalización y escapar de la realidad política. Antes al contrario, esa tensión debería hacer presente un desafío continuo aunque no desesperanzado: construir instituciones y entrenar a individuos de tal forma que se comprometan en la consecución del interés público, en la genuina representación del público; y, al mismo tiempo, seguir siendo críticos con tales instituciones y con tales aprendizajes con el fin de que siempre se muestren abiertos a posteriores interpretaciones y reformas. **Mostramos a un gobierno como representativo –afirma Pitkin– no demostrando el control que tiene sobre sus súbditos, sino justamente al revés, esto es, demostrando que sus súbditos tienen el control sobre lo que hace.** Todas las acciones del gobierno son atribuidas a sus súbditos formalmente, legalmente, pero en un gobierno representativo el pueblo actúa realmente a través de su gobierno, y no es un mero receptor pasivo de las acciones de éste. Un gobierno representativo no debe controlar simplemente, no debe promover simplemente el interés público, sino que debe ser sensible ante el pueblo. La idea guarda una profunda relación con la perspectiva de la representación como una actividad sustantiva, ya que, **en un gobierno representativo, los gobernados deben ser capaces de acción y de juicio**, capaces de iniciar la actividad gubernamental, de manera que el gobierno pueda ser concebido como sensible a ellos<sup>489</sup>.

**El fundamento último del carácter representativo de un gobierno no descansa tanto en la coincidencia fáctica de las decisiones de los gobernantes con los deseos de los gobernados, como en la posibilidad siempre presente de que estos**

---

<sup>489</sup> Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Ob. Cit., Pág. 257.

últimos puedan exigir explicaciones a sus representantes cuando observen que se alejan de sus intereses, deseos, principios, etcétera. Por tanto, podemos decir que el núcleo esencial de la representación radica en la idea de responsabilidad, esto es, en la obligación de rendir cuentas a quienes se representa.

Pero antes de avanzar en la relación entre representación y control, debemos señalar cómo es que esa representación adquiere legitimidad en el caso concreto de los altos cargos que conforman nuestro particular ámbito de estudio.

Si como dijimos, el poder estatal se ha organizado bajo un sistema parlamentario, sucede que el Parlamento será el único órgano del Estado que tendrá siempre una legitimación democrática directa. La correspondencia lógica, al menos desde una perspectiva formal, es que el Gobierno dependerá en todo momento del Parlamento y es a éste a quien deberá rendir cuentas del cumplimiento de su mandato representativo. Sólo así el Gobierno tendrá legitimidad para hablar como Gobierno de la Nación. De este modo, el ejecutivo necesitará una *legitimidad de origen* [i.e. confianza de la Cámara para empezar su tarea que se concede en el acto de investidura] y una *legitimidad de ejercicio* [i.e. mantenimiento de la confianza a lo largo de esa legislatura, que se presume conserva mientras la Cámara no se la retira de manera expresa bajo los instrumentos de moción de censura y cuestión de confianza]. A su vez, **la legitimidad democrática que guarda el Gobierno sirve como cauce legitimador de una cadena de nombramientos jerárquicos (en segundo o tercer grado) de diferentes autoridades departamentales inferiores a rango de Ministro**<sup>490</sup>. Aquí es donde ubicamos al círculo político-

---

<sup>490</sup> Esta cadena de legitimación conlleva el «problema de la politización de la administración» y, en consecuencia, el de qué debe entenderse como la exigida «neutralidad política de la Administración». La democracia representativa significa dar un primer paso en un largo proceso que nos aleja cada vez más de la democracia directa, en tanto su propia existencia supone abrir la posibilidad de que los elegidos en las urnas nombren cargos políticos no representativos; es decir que se ponga en marcha una cadena de múltiples delegaciones de representación. Este hecho plantea la posibilidad formal de

administrativo conformado por el «resto de los altos cargos de la administración» referidos por la Ley 5/2006 y que en líneas generales ya hemos caracterizado como puestos de libre designación política que implican una especial relación de confianza entablada con el círculo esencialmente político: los miembros del Gobierno. El Parlamento, el Presidente, los Ministros, y el resto de los altos cargos de la Administración<sup>491</sup> participan, en definitiva, todos ellos de la confianza de los ciudadanos. Como explica Morell Ocaña, cada una de estas situaciones funcionales descansa sobre la confianza otorgada: la que proporciona la colectividad a quienes elige, o a la autoridad que –respaldada por la confianza que la colectividad le ha entregado– designa para un determinado cargo público. Se genera, así, una cadena de autoridades que comparten y participan de una misma confianza: la otorgada originariamente por el electorado<sup>492</sup>. En este esquema, el Presidente adquiere legitimidad por el acto de investidura Parlamentaria: la confianza originaria otorgada por veredicto popular al Parlamento es derivada al Presidente, por esto se puede afirmar que el Ejecutivo es una derivación del Parlamento. En un paso posterior, y una vez más de forma derivada, esa confianza va descendiendo por los cargos jerárquicos del Gobierno [Ministros] hasta

---

politización de la Administración (y en algunos casos de burocratización de la política) puesto que se crea un espacio de libre disposición para los políticos en el que el criterio de selección de sus ocupantes no es otro que la confianza política. De aquí que la administración ya no se considere, como podría pensarse desde una perspectiva de la Teoría de Separación de Poderes de la doctrina política liberal, necesariamente separada o subordinada al poder político. En efecto, para esta concepción liberal clásica, la expresión «hacer política» queda circunscripta a lo que hace el Parlamento, mientras que a la administración se le asigna la tarea de administrar los designios políticos formalizados en las leyes. Sin embargo, vemos como hoy en día hablar de «separación de política y administración» es una ficción. **En el segmento superior de la administración (donde ubicamos a los altos cargos) a la administración se la considera unida con las instituciones políticas que operan dentro de ella.** Así es que cuando se habla de «neutralidad política de la administración» debe entenderse en el sentido de que la administración del Estado no tiene que implicarse en el juego político que tiene lugar fuera de la administración, esto es, el juego político protagonizado por los partidos. En esta línea de argumentación, se concluye, **la burocracia ha de ser «apolítica» en el sentido no partidista** (Román Masedo, Laura, *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, Ob. Cit., Pág. 21).

<sup>491</sup> Que en principio alcanzan hasta la jerarquía de órganos directivos de la Administración, es decir a los Directores Generales. Véase la enunciación de alto cargo que efectúa la Ley 5/2006 en la página 266.

<sup>492</sup> Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Ob. Cit., Págs. 20-21.

llegar al estrato de cargos directivos de la administración estatal<sup>493</sup>. **A toda esta cadena fiduciaria de autoridades alcanza la Ley 5/2006, como veremos.**

**Todos los sujetos que caen dentro del ámbito normativo de la Ley 5/2006 son sujetos que ejercen poder público político y el ejercicio de ese poder se origina en una legitimidad democrática.** Con esta afirmación desechamos la opinión de quien piensa que los sujetos que dentro del catálogo de la norma se encuentran en un nivel intermedio<sup>494</sup>, en cuanto a su forma de legitimación son un «híbrido» de difícil clasificación. Se dice que ni se legitiman exclusivamente por criterios democráticos, dado que es tan indirecta su elección que no se sostendría y, que por otro lado, tampoco su legitimación es –como en el caso del resto de la administración– por capacidades profesionales, en tanto entran un juego otros criterios que escapan a los determinados por la CE para la Administración Pública. Disentimos con esta postura. Las formas de designación de los sujetos que caen dentro del ámbito de aplicación de la ley sobre conflicto de intereses y declaratividad de intereses y bienes asumen tres formas distintas. En términos generales, la Ley 5/2006 abarca tres niveles orgánicos de gestión inferiores al Ministro, que ya no forman parte del Gobierno. Por orden de jerarquía, de superior a inferior: i) los Secretarios de Estado, ii) los Secretarios Generales y iii) los Directores Generales. Deben señalarse, no

---

<sup>493</sup> En cuanto a la **legitimación democrática del Poder Ejecutivo**, cabe mencionar que hoy se afirma merced a que ha desaparecido una de las causas que posiblemente explicaban la renuencia doctrinal y normativa a fijar un campo de acción propio del Gobierno; la consideración de éste como un órgano estatal desprovisto de legitimación popular y, en consecuencia, situado en una posición dependiente respecto a las Cámaras parlamentarias, frente a las que no podía reclamar un ámbito de reserva, ya que ello podría suponer un límite al mismo principio democrático. En efecto, la fuerza expansiva de las potestades parlamentarias, como expresión de la expansión del principio de legitimidad democrática frente a otros tipos de legitimidad (monárquica, aristocrática o carismática) en la evolución del Estado constitucional, tenía forzosamente que desaparecer cuando, como es ahora norma general en el contexto europeo, **el principio democrático viniera a monopolizar la legitimidad de todos los poderes del Estado**. En todo caso, y como se reconoce hoy en forma general, **la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos se ha convertido en un reparto de las competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación** (López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Revista Documentación Administrativa, N° 215, julio-septiembre 1988, Madrid, Pág. 19).

<sup>494</sup> Tal el caso del nivel superior o directivo de la administración, en los términos de la LOFAGE.

obstante, dos cosas: la primera es que los dos primeros cargos son de existencia meramente eventual<sup>495</sup>, y segunda, que la LOFAGE otorga a estos tres órganos una categoría desigual: mientras los Secretarios de Estado son calificados, junto a los Ministros, como «órganos superiores» del Departamento, los Secretarios Generales y los Directores Generales son apelados como «órganos directivos» (art. 6.2); la eficacia jurídica de esta distinción parece limitarse a los requisitos personales que es necesario reunir para el nombramiento. Veamos estas diversas formas de nombramiento:

**i)** El nombramiento de los Secretarios de Estado, al igual que el de los Ministros, es enteramente libre: ambas autoridades tienen la consideración de altos cargos, esto es, de personal de confianza política; por ello, cualquier persona puede ser designada para estos cargos, no precisándose al objeto reunir requisito alguno, ni siquiera la afinidad ideológica o de partido con el Ministro, aunque ello sea lo normal.

**ii)** El nombramiento de los Secretarios Generales, en cambio, se encuentra condicionado: debe ser hecho «atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia» (art. 6.10 LOFAGE), y recaer necesariamente en «personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada» (art. 16.3 LOFAGE).

**iii)** El nombramiento de los Directores Generales, por fin, está sometido a requisitos más estrictos: además de la exigencia general de atender a criterios de competencia profesional y experiencia, el nombramiento debe hacerse, imperativamente,

---

<sup>495</sup> Como dice el art. 9.1 LOFAGE «en los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado, y excepcionalmente Secretarías Generales, para la gestión de un sector de actividad administrativa»; los Directores Generales existen en todos los Ministerios, en tanto que las Secretarías de Estado y las Secretarías Generales pueden o no existir, conjunta o alternativamente (hay Ministerios que no poseen ninguna Secretaría de Estado ni Secretaría General; otros tienen una sola Secretaría de Estado, pero no Secretarías Generales; otros, a la inversa, ostentan una Secretaría General, pero ninguna Secretaría de Estado; y otros, finalmente, poseen ambos tipos de órganos).

entre «funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario) (art. 18.2 LOFAGE).

Pero más allá de estas diferencias de requisitos exigidos para el reclutamiento de los agentes de la elite de la Administración, lo incuestionable es que constituye un rasgo común a estos tres tipos de cargos que su designación obedece, en definitiva, a **puestos de estricta confianza política**. Se trata de puestos de designación política pues, aún en el caso de exigirse se trate de un funcionario de carrera con titulación superior, esta previsión no añade mucho al amplio espacio de intervención discrecional del Gobierno. En definitiva, la clave de bóveda para acceder a la función es gozar de la confianza política del órgano proponente y designante. Luego, hay también una absoluta libertad de separación, el cese de estos cargos puede acordarse en cualquier momento y sin indicación de causa alguna<sup>496</sup>. Consecuentemente, **todos estos sujetos son receptores de una confianza que no se origina en otra fuente que no sea la que los ciudadanos adjudican, originariamente, al Parlamento y que a ellos llega de manos del Presidente en una cadena de nombramientos. El hecho de que estos eslabones fiduciarios sean más o menos, en absoluto modifica una realidad: los altos cargos de la Administración han accedido al ejercicio del poder público por haber sido elegidos en el marco de una relación de confianza política, lo que define su legitimidad como democrática.** Estamos contemplando cargos cuya designación corresponde al Gobierno; según la CE el

---

<sup>496</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general I*, Ed. Iustel, Madrid, 2004, Págs. 523-524.



Gobierno responde ante el Congreso de los Diputados de su gestión política (art. 108); lógico es que el legislador, entonces, le reserve el nombramiento de aquellos cargos que participan de esa gestión<sup>497</sup>. Ello justificado, la afirmación que le sigue es que la tarea de gobierno de la organización administrativa, llevada a cabo por los Miembros del Gobierno y demás altos cargos de la Administración General del Estado, se ha desempeñar solamente por aquellos a quienes la colectividad ha otorgado, de modo medito, una legitimación basada en la confianza que ha tal efecto le han suscitado.

Pero aunque aquí reafirmemos la auténtica «legitimidad democrática» de todos los cargos atrapados por la Ley 5/2006, cosa distinta es la consecuencia que conlleva el ejercicio de poderes discrecionales, el control judicial de sus decisiones y la posibilidad de que respondan políticamente en todos los casos. Aún cuando formalmente los altos cargos de la elite de la Administración posean una muy mediata legitimación democrática, la misma no podrá en ningún caso legitimar una restricción del control judicial de sus decisiones cuando no se trate de actos incardinados en la dirección política. Por tanto, el problema o la crítica no deberían ponerse en la longitud de la cadena de confianza, y, consecuentemente, tampoco en su legitimidad democrática –que es incuestionable–, sino en asegurar mecanismos adecuados de responsabilidad política para su gestión. También Morell Ocaña expresa su preocupación al respecto al entender que con esta cadena de confianza derivada se ha generado un estrato directivo en el que los poderes de dirección no vienen acompañados de un mecanismo de exigencia de la correspondiente responsabilidad institucionalmente establecida<sup>498</sup>. El objetivo sería, entonces, el buscar que

---

<sup>497</sup> Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Ob. Cit., Pág. 44-45.

<sup>498</sup> Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Ob. Cit., Pág. 173-174. Para el autor, desde el punto de vista del significado del artículo 97 de la Constitución, la dirección que al Gobierno corresponde en relación con la Administración Pública ha de tener una expresión organizativa en el Ministro y en el entorno de apoyo al mismo; esto, por ser el Ministro el único que participa en la dirección política y asume una responsabilidad también política, por

a todos ellos los alcance una responsabilidad política intensa. Por ello, nos interesa en las páginas que siguen hablar de la factibilidad del control y la responsabilidad política de estos sujetos para, de alguna manera, neutralizar la idea de que desde el Ministro descendiendo en esa jerarquía de puestos superiores y directivos, el pueblo termina por perder el control de aquellos que, en definitiva, han accedido al poder de manera mediata por la confianza que le han suscitado.

Afirmada rotundamente la legitimidad democrática de todos los sujetos que entran dentro del ámbito subjetivo de la Ley 5/2006 (Miembros del Gobierno y resto de los altos cargos de la Administración), vamos ahora a justificar nuestra opinión en contrario con la expresada en estas líneas que anteceden. Nos esforzaremos en explicar cómo todos estos gestores del poder público político [participantes de la dirección política] resultan invariablemente sujetos pasivos de responsabilidad política, no sólo ante el órgano designante, sino también ante el propio Parlamento. De hecho, al menos la Ley 5/2006 que estudiamos, trae consigo la concreta posibilidad de que se les reclame esta especial forma de rendir cuentas.

## 2.2. La obligación general de rendir cuentas de los altos cargos

---

ello. Al desbordar el sistema de la confianza el nivel de los jefes de Departamento Ministerial y deslizarse hacia abajo, en el interior de la estructura administrativa, se está rebasando el ámbito que traza el artículo 97 de la Constitución. Con este desbordamiento –considera– no sólo el Gobierno dirige a la Administración Pública sino que también la dirige un estrato personal, el compuesto por los niveles de Subsecretario y Director General más el estrato de libre designación, que no goza de la confianza del Parlamento ni responde ante el mismo. La conclusión del autor es que de esta manera se está rebasando el ámbito de responsabilidad política, que se exige por el Parlamento y ante la instancia parlamentaria, solamente a los Ministros. Se generará así un estrato directivo en el que los poderes de dirección no vienen acompañados de un mecanismo de exigencia de la correspondiente responsabilidad institucionalmente establecida. Es bien conocido que, ante la sociedad, sólo responde quien les designó, pero esta responsabilidad es siempre mínima: hay que recordar, a este respecto, la levedad con que se instrumenta y que pudiera llegar a exigirse la culpa, tanto *in eligendo* como *in vigilando*.

Hay dos situaciones básicas que caracterizan el singular status jurídico de los gobernantes y altos cargos, a saber: **i)** que el criterio de legitimación de su autoridad es el principio democrático; poseen **«legitimidad democrática»**, y como consecuencia de ello, **ii)** que pesa sobre ellos una obligación general de rendir cuentas, lo que los vuelve sujetos pasivos de **«responsabilidad política»**. La legitimidad democrática, funciona como el indicativo y presupuesto que genera el imperativo de la responsabilidad política y, por tanto, se da entre ambas una auténtica relación de dependencia: una no puede sostenerse sin la otra. Sintetizando podemos referir esta conexión en los siguientes términos: la legitimidad política no la posee la autoridad democráticamente elegida de modo exclusivo y necesario y en todo momento, ello por una razón básica, porque **una autoridad con título de legitimidad democrática [legitimidad de origen] pierde ese título si ejerce el poder vulnerando los límites a que dicho poder está sujeto**, si no cumple con los fines propios de la autoridad política, que –en términos generales y según el objeto de nuestro estudio– es la persecución del interés público, sin interferencia de otros intereses particulares. **Si actúa en contrario, pierde la legitimidad que inicialmente poseía por falta de «legitimidad de ejercicio»**. La concreción del momento en que se produce la pérdida de legitimidad a causa de un mal ejercicio es una de las tareas de las que deben ocuparse los diversos mecanismos de rendición de cuentas que, como veremos, tienden a hacer valer la responsabilidad política.

Quien asume un cargo público está obligado con respecto a sus conciudadanos cuya confianza ha buscado y con quienes coopera en la gestión de la sociedad democrática. De los distintos usos de la confianza (originaria y derivada) nace en los sujetos que ejercen el poder estatal una **obligación general de rendir cuentas, esencia misma de toda forma de responsabilidad**. Por tanto, podemos afirmar que ser responsable es estar obligado a responder, a dar cuentas de las decisiones y actos cumplidos en el ámbito de sus

competencias y funciones. **En este juego de relaciones, a su vez, la responsabilidad se conecta con la representación: donde hay representación hay responsabilidad.** El sistema de Gobierno representativo es un sistema de Gobierno responsable<sup>499</sup>. Por ello es impensable hablar de responsabilidad política en las monarquías absolutas, en los regímenes totalitarios, o en las dictaduras militares, donde no existe representación política ni libertad de crítica. Manin nos invita a recordar que en el arreglo originario, el elemento democrático en la relación entre gobernantes y gobernados nunca aspiró a la semejanza entre ellos, ni tampoco que aquellos debían cumplir las instrucciones de éstos. Las instituciones representativas estaban destinadas a someter a los que gobiernan al veredicto de los gobernados. Es, precisamente –nos dice– el rendimiento de cuentas, como forma de responsabilidad política, lo que ha constituido desde el principio el componente democrático de la representación<sup>500</sup>.

Esta forma de ver la «responsabilidad» constituye una característica imprescindible del moderno Estado representativo y democrático, y es en este marco institucional que el fenómeno de la responsabilidad política ha encontrado su mayor y, hasta ahora, más coherente expresión desde dos perspectivas:

i) Por la importancia de los sujetos responsables políticamente: la «responsabilidad política» se extiende hoy a todos los sujetos que ejercen «representación política»<sup>501</sup>; y

---

<sup>499</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ed Colex, Madrid, 2001, Pág. 41. Al respecto afirma «Por tanto, sea cual sea la forma concreta de articulación de poderes del sistema representativo (separación orgánica estricta, derivación parlamentaria del ejecutivo o sistemas mixtos), siempre existirá responsabilidad en el sentido apuntado (...). La representación política presupone que los representantes han de rendir cuentas de alguna forma ante el pueblo. Por tanto, la responsabilidad adoptará multitud de formas» (Pág. 41-42)

<sup>500</sup> Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1997, Pág. 286.

<sup>501</sup> En contrario, como veremos, aparece Giuseppe Ugo Recisgno para quien la responsabilidad política es la contrapartida del poder político, al margen de cualquier representación política.

ii) En cuanto a la extensión de los sujetos frente a los cuales se responde políticamente: dada la extensión del derecho de voto se responde frente a todos los ciudadanos.

Para explicar esta **conexión necesaria entre la representación y la responsabilidad**, Maravall parte de la «relación de agencia» en tanto se ocupa de aquellos vínculos en los que un actor –el agente– actúa por cuenta de otro –el principal–, y supone que el primero ejecuta las preferencias e intereses del segundo. En esta relación, los votantes, como actor principal, seleccionarán a un agente de entre los diversos que concurren a las elecciones, le otorgarán poder y esperarán que lleve a cabo las políticas que prefieren. Es decir, que cumpla los programas electorales y las promesas políticas en virtud de los cuales se ha realizado la elección de tal agente. Desde el punto de vista político, éste habrá de rendir cuentas cuando el principal pueda hacerle responsable de comportamientos pasados y, en consecuencia, recompensarle con la reelección o castigarle con la derrota<sup>502</sup>. Pero lo que más nos interesa destacar es que esta «teoría de la agencia» nos proporciona también pistas útiles para examinar cómo debe ser el control del agente por parte del principal. Como nos explica Maravall, el control dependerá de tres requisitos: i) que las acciones del agente y las condiciones en las que opera puedan conocerse públicamente; ii) que ambas partes sean simétricamente capaces de prever todas las posibles contingencias que pudieran surgir durante su relación; iii) y que al agente le represente un coste no llevar a cabo las preferencias e intereses del principal. En consecuencia, el control de los políticos por parte de los votantes se enfrenta a problemas de información, control y posibilidad de sanción<sup>503</sup>.

---

<sup>502</sup> Maraval, José María, *El control de los políticos*, Ed. Taurus, Madrid, 2003, Pág. 15.

<sup>503</sup> Marval, José María, *El control de los políticos*, Ob. Cit. Pág. 20. Se cita a Pappington, David, 1991, *Incentives in principal-Agent Relationships*, Journal of Economic Perspectives, 5 (42-66).

Por su parte, Ferrajoli describe esta vinculación entre responsabilidad política y representación política como una «**relación biunívoca**». Por un lado, en las modernas democracias constitucionales la representación política logra efectividad por la responsabilidad de los electos y de los gobernantes frente a los representados, hasta el punto de hacer que la existencia de la responsabilidad sea considerada el banco de pruebas de la representatividad del sistema político. De otra parte, el fenómeno de la responsabilidad política parece históricamente ligado al nacimiento del moderno Estado representativo democrático y, por tanto, estrechamente vinculado al problema de la representación política<sup>504</sup>. La representación política es, asimismo, el rasgo específico de la responsabilidad política institucional: rasgo que no puede estar ausente en una definición que quiera darse de ella<sup>505</sup>. Por lo tanto, en principio, y en tanto encontremos poder representativo, habrá responsabilidad política. La representación política puede ser definida, entonces, como una forma de representación que da lugar a una responsabilidad por representación política, precisamente por eso llamada responsabilidad «política», según la cual el representante «responde» del ejercicio de una determinada función, que no es sino la función jurídicamente representativa que él ejerce en nombre y por cuenta de los órganos a los que se imputa su actividad. La responsabilidad política se hace valer por aquellos sujetos que han elegido o designado al representante para desempeñar una determinada función. Esto sirve para las Cámaras que son responsables políticamente ante el cuerpo electoral, pero también para el gobierno en relación con el Parlamento»<sup>506</sup>.

Precisamente, por sostener esta vinculación entre representación y responsabilidad, Ferrajoli dirige sus críticas a Rescigno para quien la responsabilidad política es la

---

<sup>504</sup> Ferrajoli, Carlo F, *Representación y responsabilidad política*, Ob. Cit., Pág. 38.

<sup>505</sup> Ferrajoli, Carlo F, *Ibidem*, Pág. 43.

<sup>506</sup> Ferrajoli, Carlo F, *Ibidem*,. Pág. 50,

contrapartida del poder político al margen de cualquier representación política<sup>507</sup>. Para este último, tener poder político significa tener poder de guía, tener el poder de individualizar y perseguir libremente fines, y medios adecuados a tales fines, para imponérselos a toda la comunidad. De tal suerte, el funcionario no responde políticamente porque persigue fines que le son asignados por el derecho, y en cualquier caso por otros. En cambio, el político responde política y no jurídicamente justo porque su cometido no es cumplir pura y simplemente las leyes, sino al contrario elegir por cuenta de todos los fines a perseguir y los medios utilizables. De todo ello –como bien indica Ferrajoli– lo que no convence es la excesiva amplitud de esa tesis. Por cierto, de atenerse a ella, desgajando la responsabilidad política de la representación política, resulta difícil encuadrar la especificidad del poder político en el Estado democrático representativo<sup>508</sup> [bastante se ha dicho ya también de la reconocida ficción que hoy en día hay en la división entre política y administración]. La responsabilidad política, una vez desentendida de la representación, recaería indistintamente sobre todos los sujetos políticos, aun cuando no sean representativos, que se consideran responsables por el sólo hecho de participar en la lucha política. La peculiaridad de los modernos sistemas democráticos se reduciría a la más general y genérica libertad de crítica ejercitable frente a todos los que integran la categoría de los sujetos políticos: una categoría, entre otras cosas, cuya identificación, al fundarse en la práctica en la libertad de manifestación del pensamiento, resultaría totalmente libre y opinable. Conforme a este criterio cualquiera podría ser señalado como sujeto político si se juzga que la actividad que desarrolla, o incluso el modo en que la ejerce, forma parte de la lucha

---

<sup>507</sup> Ferrajoli, Carlo F, *Ibidem*, Pág. 43 y Rescigno, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1967, Pág. 65 y ss.

<sup>508</sup> De hecho, como se indica, también el monarca absoluto tenía poder político, en el sentido de «poder de guía», pero desde luego no era responsable políticamente. De otro lado, en los actuales sistemas democráticos, el juez o el funcionario público no responden políticamente no sólo porque persiguen fines que les son asignados por derecho, y en todo caso por otros, sino porque no son órganos representativos.

política: magistrados, policías, médicos, periodistas, funcionarios públicos, sindicatos, círculos culturales y, en general, todos los ciudadanos que participan en la vida política, podrían ser considerados políticamente responsables. En semejante cuadro, sin lugar a dudas, el concepto de responsabilidad política se disuelve en la libertad de crítica y con ello en la libertad de manifestación del pensamiento, haciendo difícil si no imposible captar su significado específico.

Coincidimos en que el lugar de **la responsabilidad política está efectivamente en acompañar siempre y necesariamente a la representación política**, lo que equivale a afirmar que **sólo son políticamente responsables los sujetos políticos directa o indirectamente representativos**<sup>509</sup>. De ello se sigue que habrá responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento [hecho que define un sistema parlamentario] en tanto es el Gobierno el sujeto que está legitimado por aquél para ejercer un poder político por representación.

Habiendo justificado que son políticamente responsables los sujetos que poseen una naturaleza representativa, debemos precisar ahora en qué consiste este ser «políticamente responsable». Para Morel Ocaña la condición de miembro del Gobierno acarrea una variada serie de formas de responsabilidad, cada una de las cuales se desencadena y resuelve de una manera peculiar, singularizando, en este aspecto, el estatuto

---

<sup>509</sup> Afirma Ferrajoli «es necesario situar en el centro de la reflexión sobre la responsabilidad política, no sólo y no tanto la libertad de crítica sino también, y diría que sobre todo, la naturaleza representativa de los sujetos políticamente responsables en los modernos sistemas democráticos. Esto implica, a mi juicio, ligar la definición de poder y de sujeto político al instituto de la representación política, que caracteriza, más que ningún otro, la naturaleza de nuestras democracias, y **definir como políticamente responsables sólo aquellos poderes y sujetos políticos directa o indirectamente representativos**. En efecto, es la naturaleza representativa del poder político lo que, en las modernas democracias constitucionales, confiere un papel democrático decisivo a la libertad de crítica estimulando, a través de la selección y el recambio de los sujetos en los que se delegan las funciones de gobierno, la participación política y la organización de los ciudadanos en partidos para concurrir a la determinación de la política nacional» (*Representación y responsabilidad política*, Ob. Cit., Pág. 44).



peculiar del cargo. Pero, sobre todo, hay un género de responsabilidad que es la que traza la diferencia entre los miembros del Gobierno y los demás titulares de cargos y oficios integrados en el Poder ejecutivo: es la responsabilidad política. Responsabilidad no exigible, como las demás, ante los Tribunales de Justicia sino ante el Parlamento, que se produce a través de medios propios y que se hace efectiva también a través de una sanción característica. La responsabilidad política no se depura por los Tribunales de Justicia. Toda la larga evolución que tiende a separar, en el seno del Consejo de Estado francés, el acto de gobierno del acto administrativo, tiene precisamente por objeto definir, aunque sea de modo negativo, el campo de la responsabilidad política, y no judicial, de los órganos que integran la cúspide del Poder ejecutivo. Hoy ha quedado claro, sin embargo, que puede haber una zona secante, o de coincidencia de juego de la jurisdicción y del sistema de la responsabilidad política. Sobre todo, porque ésta última es exigida por el Parlamento enjuiciando políticamente la oportunidad y la eficacia de las acciones gubernamentales, cualesquiera que sean las consecuencias que de dichas actuaciones pudieran, en su caso, derivarse ante los Tribunales de Justicia. Es decir, lo que confiere un carácter propio a la responsabilidad política no es el objetivo sobre el que se produce, sino la institución que la exige y los medios por los que se hace efectiva<sup>510</sup>.

Siguiendo el esquema de análisis de Giuseppe Ugo Rescigno [este es un aspecto rescatamos más allá de hacernos eco de la crítica que le dirige Ferrajoli<sup>511</sup>] hablaremos de dos tipos diversos de **responsabilidad política: responsabilidad política**

---

<sup>510</sup> Morell Ocaña, Luís, *El estatuto de los miembros del Gobierno*, Revista Documentación Administrativa, octubre-diciembre 1980, Madrid, Pág. 85.

<sup>511</sup> Véase en la página 286.

**institucional**<sup>512</sup> y **responsabilidad política difusa**<sup>513</sup>. Hay entre ellas una diferenciación y una contraposición. La responsabilidad política institucional hace referencia a dos sujetos que están rigurosamente determinados: El Gobierno [y ciertos altos cargos –agregamos nosotros–] y el Parlamento, y consiste en una relación estable unitaria y continua que se resume en un «poder privilegiado de crítica» cuyo núcleo es el poder de destitución [moción de censura]. Este es el momento de mayor eficacia e importancia, pero no el único. Con características opuestas, se presenta la responsabilidad política difusa en la que tanto el sujeto activo como pasivo es variable. En este caso cualquier personaje político de naturaleza representativa puede ser objeto de esta genérica libertad de crítica. Veamos:

### 2.2.1. La Responsabilidad política institucional

Desde un enfoque clásico, un amplio sector de la doctrina nacional hace una perfecta identificación entre responsabilidad política institucional y dimisión. Se entiende, tal como lo afirma García Morillo, que asumir responsabilidad política no consiste en otra cosa que dimitir<sup>514</sup>. En esta línea de argumentación encontramos a Luís Díez-Picazo, para quien la responsabilidad política institucional es la actuada entre dos órganos del Estado, tiene como objetivo exclusivamente reprobación del modo de actuar y, en su caso, provocar el cese o la dimisión del titular de este último<sup>515</sup>. El esquema arquetípico de esta responsabilidad viene dado por un órgano ejecutivo que depende de la confianza de la asamblea y hay exigencia de responsabilidad política institucional exclusivamente cuando el

---

<sup>512</sup> Rescigno, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1967, Págs. 64 y ss.

<sup>513</sup> Rescigno, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1967, Págs. 113 y ss

<sup>514</sup> García Morillo, Joaquín, *La Responsabilidad Política*, en Claves de la Razón Práctica Nº 45, año 1994, Ed. Progres, Págs. 32-45.

<sup>515</sup> Díez-Picazo, Luís, *La criminalidad de los Gobernantes*, Ed. Crítica, Barcelona, año 2000, Pág. 71.

Parlamento retira su confianza al Gobierno, forzándolo a dimitir. Asimismo, para Jiménez Asensio la responsabilidad política se articula a través de un único punto de imputación: el Presidente del Gobierno y no se materializa sino a través de la retirada de la confianza que previamente se había depositado; de ahí que la responsabilidad política se concrete con la dimisión, por propia voluntad, o el cese, por decisión ajena, en el cargo que se ocupa<sup>516</sup>.

Sin embargo, como tuvimos oportunidad de adelantar<sup>517</sup>, entendemos que este enfoque presenta un error de perspectiva en la medida que la evolución de los regímenes parlamentarios ha vaciado de buena parte de su contenido esta clásica identificación entre responsabilidad y retirada de confianza. La experiencia nos muestra que si se identifica la responsabilidad política con la dimisión del Gobierno o de los ministros (para quien acepta esta última posibilidad), simplemente sucederá que la responsabilidad no existirá en la práctica. Como nos explica Bustos Gisbert, en la actualidad los partidos políticos funcionan como organizaciones perfectamente jerarquizadas, sometidas a una férrea disciplina interna y con un pleno sometimiento al jefe del partido. En el caso de los parlamentarismos mayoritarios las elecciones serán fundamentalmente una selección cuasi directa del ejecutivo y de su cabeza. En tal contexto y por la propia lógica de la forma de gobierno parlamentaria se producirá, o tenderá a producirse, una plena identificación entre la mayoría parlamentaria y el ejecutivo. Mayoría que nunca, excepto en circunstancias muy excepcionales y extrañas a la lógica parlamentaria, permitirá que el ejecutivo sea derrotado en una cuestión que lleva aparejada la retirada de confianza. De este modo, hoy es

---

<sup>516</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos, un estudio sobre relaciones entre política y administración en España*, Ob. Cit., Págs. 174-175.

<sup>517</sup> Véase en la página 259.

totalmente contrario a la racionalidad del sistema que se produzca una dimisión como consecuencia de una derrota del ejecutivo<sup>518</sup>.

Desde un enfoque, más adecuado a la realidad institucional española, la responsabilidad política debe entenderse como un proceso, como una responsabilidad graduada, que no sólo implica la dimisión, sino que también incluye pasos muy anteriores a esta, como la información, explicación, enmienda y justificación. Valiéndonos de esta propuesta que nos ofrece el Profesor Bustos Gisbert de una **«responsabilidad política institucional graduada»**, en nuestro trabajo vamos a forzar un poco más los límites que hasta ahora parecen cercarla y que básicamente la dejan atada al único supuesto de la responsabilidad individual de los Ministros, para extenderla hasta otros altos cargos de la Administración. Defenderemos la factibilidad de exigir responsabilidad política institucional de altos cargos ante el Parlamento. En nuestra interpretación del instituto, ello tiene perfecto encaje en el sistema normativo vigente. Es una concreta posibilidad que la Ley 5/2006 establece.

Comencemos, entonces, por exponer la propuesta de Bustos Gisbert. En lo que respecta a la responsabilidad política institucional –afirma– nos enfrentamos a dos monedas: una cuya cara es la confianza y su anverso la desconfianza o censura Parlamentaria. Las dos caras de la restante moneda son representación y responsabilidad. Esto significa que la falta de confianza nunca puede identificarse con responsabilidad política puesto que previo a la retirada de confianza o dimisión, pueden ser exigibles otro tipo de grados de responsabilidad, tal el caso de la información o las explicaciones, aunque sí la consecuencia de la retirada de confianza es la censura. Por ello, confianza y

---

<sup>518</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?* Ob. Cit., Pág. 20.

desconfianza marcan dos momentos de la relación de responsabilidad: el inicial y el final<sup>519</sup>. Se descartan así las dos falsas monedas usadas por algunos sectores de la doctrina: El primero de los errores consiste en identificar responsabilidad con dimisión. El segundo error sería conformar otra moneda con el binomio «responsabilidad política– control» puesto que operan en niveles diferentes. El control parlamentario es una de las funciones del poder legislativo y su presupuesto lógico (no su consecuencia) es la responsabilidad política. La responsabilidad política es un principio jurídico regulador de relaciones entre el ejecutivo y el legislativo que se plasma en todas las funciones parlamentarias [que están expuestas en el art. 66.2 de la CE en tanto establece que Las Cortes Generales ejercen potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que le atribuye la Constitución]. El Gobierno rinde cuentas ante la «función de control político» del Parlamento, en tanto esta función está directamente dirigida a fiscalizar su acción. También el Gobierno rinde cuentas ante la «función de información» del Parlamento, puesto que esta implica necesariamente, poner a disposición los datos solicitados por el Parlamento para facilitar el desarrollo de las restantes funciones parlamentarias. El Gobierno rinde cuentas ante la «función legislativa» del Gobierno, como puede suceder ante el rechazo de un proyecto de ley especialmente importante. Por último, el Gobierno rinde cuentas ante la «función presupuestaria» del Gobierno, lo que también puede suceder ante la incidencia del rechazo de una ley de presupuesto. En base a lo expuesto, Bustos Gisbert, concluye que la responsabilidad política no debe incardinarse en una determinada función parlamentaria, pues se manifestará horizontal o transversalmente, en todas las funciones parlamentarias en

---

<sup>519</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 37.

momentos determinados y con contenido y alcance diverso<sup>520</sup>. En otras palabras, **la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento se manifiesta en todas las funciones parlamentarias que impliquen una relación entre ambos poderes del Estado**<sup>521</sup>. El contenido jurídico de la responsabilidad política es: **i)** la obligación de rendir cuentas (condición para que exista la función de control parlamentario), y **ii)** soportar las consecuencias negativas de tal obligación. Coincide con esta postura, Ferrajoli en cuanto entiende que las teorías que sostienen la juridicidad de la responsabilidad política acaban concentrando la atención en la moción de censura, es decir, sobre el momento de la sanción jurídica de la responsabilidad, en perjuicio de las múltiples relaciones jurídicas y políticas que median entre el sujeto políticamente responsable y los sujetos que hacen valer esta forma de responsabilidad. De este modo se pone en discusión uno de los elementos más convincentes de la reconstrucción, que hace Rescigno, de la que llama responsabilidad política institucional. En efecto, considerar la responsabilidad política como una relación política continuada en el tiempo, no centrada de manera exclusiva en el poder de destitución y a la que el derecho ofrece desde fuera instrumentos o momentos de apoyo para hacerla funcionar mejor, es lo que permite a Rescigno describir este tipo de responsabilidad como una relación unitaria: una relación hecha de vicisitudes políticas singulares que unas veces pueden manifestarse en simples críticas dirigidas al sujeto responsable y otras a través de la utilización de instrumentos jurídicos, como en el caso de los poderes de control político del Parlamento sobre el Gobierno, entre los que destaca, obviamente, por importancia y eficacia, la moción de censura. Aquí, en cambio, preguntas, interpelaciones, investigaciones parlamentarias, y todos los demás poderes que integran la función de control político del Parlamento –todos excepto la moción de censura– tomados

---

<sup>520</sup> Bustos Gisbert, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Págs. 40-41.

<sup>521</sup> Bustos Gisbert, *Ibidem*, Pág. 112.

aísladamente, carecerían de idoneidad para hacer valer la responsabilidad política del Gobierno, y sólo podrían definirse y ubicarse conforme a las específicas funciones de fiscalización, toma de conocimiento, de dirección de la actividad del gobierno que con ellas se ejerce<sup>522</sup>.

Definida la responsabilidad política, en líneas generales, toca resolver dos cuestiones: i) si ***¿Todos los cargos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2006 son sujetos de responsabilidad política institucional?***; y ii) en cada caso ***¿Cómo se articula esa responsabilidad?***

En primer lugar tenemos que el **Presidente**, y por tanto del **Gobierno en su conjunto**<sup>523</sup>, es sujeto pasivo de responsabilidad colectiva que rendirá cuentas de la política general del ejecutivo<sup>524</sup>. Más allá de que esta obligación esté indicada en el art. 108 de la CE, en cuanto dispone que «el Gobierno responde solidariamente en su gestión ante el Congreso de los Diputados», tal forma responsabilidad es consecuencia necesaria de que el ejecutivo adquiera su legitimidad inmediata por el acto de investidura parlamentaria<sup>525</sup>. La responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento es el «contenido mínimo» indispensable para que se pueda hablar de un régimen parlamentario<sup>526</sup>. Sin ella faltaría un

---

<sup>522</sup> Ferrajoli, Carlo F., *Representación y responsabilidad política*, Ob. Cit., Pág. 42.

<sup>523</sup> Alto cargo, según Ley 5/2006, art. 3.2.a).

<sup>524</sup> Más allá de encontrar dos niveles de responsabilidad (individual y colectivo) no es fácil trazar una línea de separación entre ambas formas de responsabilidad en la medida en que, en cualquier momento, una cuestión individual puede convertirse en colectiva si es asumida como tal por el conjunto del Gobierno (Ver Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 112).

<sup>525</sup> El art. 1.2 de la Constitución Española afirma lapidariamente que la «soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Como diría el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias, la 6/81, con este artículo el Constituyente español enunciaba el principio de legitimidad democrática «que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política».

<sup>526</sup> También expuesto en el Fundamento Jurídico 4 del Auto 60/1981, de 17 de junio: es esencial a todo sistema parlamentario la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, en la que se comprende el deber del ejecutivo de informar y el derecho de la cámara o cámaras de ser informadas (Citado por Bustos Gisbert, Rafael, *Ibidem.*, Pág. 8).

elemento esencial de legitimación democrática del Estado y estaríamos, por tanto, ante una muy imperfecta constitución del mismo. En definitiva, el punto central de esta responsabilidad es que el ejecutivo, para continuar en su cargo, ha de contar con la confianza de la Cámara Baja. Los instrumentos de retirada de la confianza parlamentaria a un Gobierno están regulados en los artículos 99 y 112 a 114 de la CE. Sin embargo, no es este todo su horizonte. La responsabilidad colectiva, al igual que la individual –como veremos– puede graduarse, aunque de distinta forma pues afecta sólo a los tres niveles superiores de responsabilidad [i.e. responsabilidad explicativa, responsabilidad enmendadora o rectificadora y responsabilidad inmoladora]<sup>527</sup>.

Pero, como ya indicamos, para algún sector de la doctrina no se prevé otro género de responsabilidades políticas. Según García Morillo (recordamos: para quien la responsabilidad política es dimitir) la Constitución Española sólo regula la responsabilidad política del Presidente (y del Gobierno en su conjunto) ante el Congreso de Diputados. No prevé otro género de responsabilidades políticas o, más en concreto, excluye la

---

<sup>527</sup> Con la «**responsabilidad explicativa**» el ejecutivo informa y justifica su actuación. Con la «**responsabilidad enmendadora o rectificadora**» además de justificar tenderá a tomar las medidas necesarias para que el desacierto no se repita. Finalmente, con la «**responsabilidad inmoladora**» (única faceta de la responsabilidad que reconoce la postura clásica) el error es suficientemente grave que amerita el cese del Gobierno en su conjunto. Son estos los tres niveles superiores de responsabilidad. Para Ferrajoli es la relación representativa lo que determina los diferentes tipos de responsabilidad política: «la reconstrucción de la responsabilidad política como forma particular de responsabilidad por representación nos permite no sólo reconocer en ella la naturaleza jurídica, sino también entender los instrumentos a través de los que la misma se hace valer, no ya –según dice Rescigno– como institutos jurídicos sirvientes que desde el exterior hacen que funcione mejor, sino, al contrario, como manifestaciones de una relación jurídica representativa. En el caso de la relación entre Gobierno y Parlamento las preguntas, las interpelaciones, las mociones, las comisiones de investigación pueden hacer surgir una responsabilidad política del Gobierno, pero no porque sean institutos jurídicos sirvientes de la responsabilidad política, sino porque son en sí mismas articulaciones de la relación políticamente representativa que liga el Gobierno al Parlamento. **Es obvio que estos institutos no están exclusivamente destinados a hacer surgir una responsabilidad política del Gobierno sino que sirven también a otras exigencias del Parlamento, como las informativas, las de dirección y de control político sobre la acción del Gobierno, a su vez manifestaciones –al igual que el fenómeno de la responsabilidad política– de la relación representativa que liga al ejecutivo a las asambleas parlamentarias.** Es por lo que esta tesis nos permite reconducir a unidad todas las múltiples articulaciones de la relación entre Parlamento y Gobierno: tanto las funciones de control ejercitadas en forma legislativa o no legislativa, como todas las de inspección, cognoscitivas y de dirección desarrolladas por las Cámaras, ya no aisladamente consideradas sino referidas al ámbito de la relación general de representación política que liga al Gobierno al Parlamento» (Ferrajoli, Carlo F. *Representación y responsabilidad jurídica*, Ob. Cit., Pág. 52).



responsabilidad política individual de los miembros del Gobierno. El Congreso sólo puede exigir la responsabilidad política institucional del presidente del Gobierno, pero no la de los ministros individualmente considerados<sup>528</sup>. También para Jiménez Asensio el sistema gira sobre la responsabilidad del Presidente, único punto de imputación, sin perjuicio de que la responsabilidad sea solidaria de todos los miembros del Gobierno por mandato constitucional. Su afirmación, al respecto es terminante: «al Ministro, en nuestro sistema de gobierno, no se le puede exigir responsabilidad individual por el Congreso de Diputados»<sup>529</sup>.

No obstante estas opiniones en contrario que acabamos de citar, estimamos que, en rigor, también los **Ministros**<sup>530</sup> son **sujetos de responsabilidad política individual ante el Parlamento**, de acuerdo a las siguientes normas: i) art. 98.2 de la CE; ii) art. 4 de la Ley 50/1997 del Gobierno, en cuanto establece que los Ministros, «como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación»; y finalmente, iii) art. 12.1 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en tanto establece que «los ministros, además de las atribuciones que les correspondan como miembros del Gobierno, dirigen, en cuanto titulares de un departamento ministerial, los sectores de la actividad administrativa integrados en su ministerio y asumen responsabilidad inherente a dicha dirección». La responsabilidad de los Ministros puede adquirir distintas formas y es susceptible de graduación. Esta responsabilidad tiene como punto de partida del proceso de rendición de cuentas, la posibilidad de redirigir las preguntas formuladas por el Parlamento, pasando por

---

<sup>528</sup> García Morillo, Joaquín, *La Responsabilidad Política*, Ob. Cit., Págs. 32-45.

<sup>529</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, Ob. Cit., Págs. 74-75.

<sup>530</sup> Altos cargos, según Ley 5/2006, art. 3.2.a).

la responsabilidad de informar, explicar hasta la de responder con la dimisión, que sólo es la forma más dramática de hacer valer esa responsabilidad. Precisamente, como indica Bustos Gisbert, se identifican para el caso cinco niveles de responsabilidad<sup>531</sup>: **i) «responsabilidad encauzadora»**, punto de partida de la obligación de rendir cuentas. Simplemente requiere que el Ministro redirija todas las preguntas parlamentarias cuando sus competencias son indirectas o afectan áreas de decisión de las que el Ministro está alejado; **ii) «responsabilidad informativa»**: el Ministro simplemente informa ante el Parlamento la actividad de su Ministerio; **iii) «responsabilidad explicativa»**: ya se entra en un nivel superior puesto que se espera bastante del Ministro. En este caso debe, ya no informar, sino explicar o justificar cuestiones relacionadas con sus competencias ministeriales; **iv) «responsabilidad enmendadora o rectificadora»**: se espera del Ministro la rectificación de los errores, sean propios o departamentales; y, finalmente, **v) «responsabilidad inmoladora»**: es el nivel más grave de la responsabilidad y exige la dimisión del Ministro afectado. Asimismo, hay dos perspectivas desde las cuales se puede examinar la actividad de los Ministros: i) desde la perspectiva de su actuación personal (será aquí sujeto pasivo de responsabilidad política individual por los propios actos); y ii) desde la perspectiva de la actuación de su Departamento Ministerial (i.e. responsabilidad política individual por el departamento)<sup>532</sup>.

En cuanto a los **Secretarios de Estado**<sup>533</sup>, a juicio de Bustos Gisbert, sin desconocer el papel relevante desempeñado, no deben ser titulares de una verdadera relación de responsabilidad política ante el Parlamento por dos motivos. Se refiere el primero a la posición subordinada ocupada por estos cargos respecto del Ministro y la

---

<sup>531</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Págs. 55-58.

<sup>532</sup> Ver Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Págs. 52-55.

<sup>533</sup> Altos cargos, según Ley 5/2006, art. 3.2.b).

consecuente limitación de su capacidad de indirizzo político. La responsabilidad de los Secretarios de Estado sería una responsabilidad por la ejecución de los objetivos, de naturaleza política, pero –en definitiva– una responsabilidad política ante el Ministro, no ante el Parlamento directamente. Atañe al segundo motivo la necesidad de evitar cualquier dispersión en la localización de la responsabilidad política. Según opina Bustos Gisbert, resulta esencial para el correcto funcionamiento de la responsabilidad política la clara identificación de un sujeto responsable de los errores políticos y administrativos. No cabe pues designar a más de un sujeto que reciba todos los elogios y todas las culpas, porque ello conduce a diluir la responsabilidad política al no existir una persona responsable ante el Parlamento. Según interpreta, la participación de sujetos diferentes al ministro en el proceso de rendición de cuentas [como sería el caso de que Secretario de Estado, Subsecretario, Director General], es un suerte de **«forma débil de exigencia de responsabilidad»**, en la medida en que ni la trascendencia de la materia, ni la forma en que se produce, ni el foro donde se sustancia va a significar el nacimiento de consecuencias negativas para el sujeto en última instancia responsable, el ministro. Cierra el razonamiento con la afirmación de que «los ministros, y sólo ellos, son responsables ante el Parlamento»<sup>534</sup>. La opinión en contrario invoca que ni los Secretarios, ni el resto de los altos cargos son sujetos pasivos de responsabilidad política individual ante el Parlamento, pero que sí responderían políticamente [i.e. por la gestión de los objetivos del Gobierno] ante el Ministro bajo cuya dirección actúan. Se dice, entonces, que si bien no son sujetos pasivos de responsabilidad política ante el Parlamento, sí lo son de una responsabilidad política en vertical por la cual los niveles inferiores de la administración serán responsables ante los niveles superiores. Según esta posición, el alto cargo habrá de responder ante el Superior

---

<sup>534</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 51.

que lo ha designado: el Ministro o, eventualmente ante un Secretario de Estado; de la misma forma que el Presidente tendrá que responder ante el Parlamento, quien le otorgó la confianza ciudadana y, por ello, el único que puede retirársela. De todos modos, conviene recordar aquí que –como ya se ha indicado citando la acertada opinión de Morell Ocaña– la particular posición que los órganos directores y superiores poseen dentro de la Administración hace que se vinculen, de forma más inmediata y con preponderancia, en una relación de fidelidad con la autoridad que los designó<sup>535</sup>. Al describir el fenómeno de las elites administrativas, el autor observa un elemento descendente de la confianza política que va de la dirección política hacia puestos de funcionariado [cargos que identifica como estrato directivo de las organizaciones administrativas, ‘las elites administrativas’] que hacen no ya tareas exclusivamente políticas sino de dirección propiamente administrativa. En estos últimos casos, concluye, ya no se da en rigor una confianza política, sino una lealtad personal al superior, relegando el sistema de mérito propio de la carrera de funcionariado<sup>536</sup>. En nuestra opinión, y no obstante reconocer la evidente «fidelidad

---

<sup>535</sup> Lo que se define como «*fidelitas* personal con el que manda» (Cfr. Morell Ocaña, Luís, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Pág. 28).

<sup>536</sup> Afirma Morell Ocaña: “...es lo cierto que el sistema de la confianza política abarca en la actualidad lo que podemos considerar como estrato directivo de las organizaciones administrativas. No se extiende tan sólo a lo que puede considerarse como dirección política, sino que también son suyas las tareas de dirección propiamente administrativa. Más aún, la evolución tiende a colocar todo puesto de trabajo de alguna responsabilidad –todo lo que no es gestión rutinaria– en manos de quienes cuenten con la confianza de la cúspide de la organización. No se trata ya, por ello, de la confianza en el sentido político a la que se ha hecho referencia; es, más que eso, la lealtad personal al superior lo que cuenta. De este modo –al desplazarse hacia abajo, hacia el funcionariado de carrera– se ha ido relegando el sistema de mérito: la carrera del funcionariado, en cuanto se acerca a puestos de un cierto nivel, no depende de su mérito personal para el cargo de que se trate; lo que cuenta es la lealtad personal que esté dispuesto a prestar” (Morell Ocaña, Luís, *Ibidem*, Págs. 26-27). Precisamente, la doctrina ha mostrado su preocupación por las consecuencias negativas, sobre la eficacia y neutralidad de la Administración, a las que exponen los cuantiosos nombramientos de libre designación que van ampliando la estructura burocrática. **Jiménez Asensio** se dedica en extenso a enfrentar al ‘sistema de mérito’ como proceso de selección para el ingreso a la función pública, al *spoils system* (sistema de libre designación basado no en el mérito sino en la confianza depositada en el designado). La pregunta central que se formula es, si –en definitiva– el sistema de confianza política (o mejor dicho el *spoils system*) resulta el sistema buscado por el constituyente para articular las relaciones entre política y Administración en el sistema político español (Cfr. *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Págs. 32-37). Su respuesta es negativa. Para el autor en el sistema constitucional español hay elementos para defender un modelo que tienda a la **profesionalización de la alta Administración**, y excluya o

personal con el que manda» a la que quedan enlazados los altos cargos. La única responsabilidad política existente no es ante el Parlamento. También en los niveles superiores y algunos puestos directivos de la Administración [puestos de confianza con fuerte contenido político en su ámbito de funciones y competencias] habrá una responsabilidad política ante el Ministro. Que existe esta tipo de «responsabilidad política» vertical es indudable y en este punto coincidimos con los autores que acabamos de citar. Sin embargo, consideramos que en tanto y **en cuanto definamos a la responsabilidad política institucional como una responsabilidad graduada, que incluye la posibilidad de que el Parlamento dirija preguntas y solicite informaciones, tendremos que reconocer que todos los «altos cargos» de la Ley 5/2006<sup>537</sup> [desde el Presidente a un Director General, entre otros] pueden ser puntos de imputación en ese preciso marco ante el Parlamento.**

Si tomamos como punto de partida la propuesta de desechar una concepción de la responsabilidad política maximalista [que identifica responsabilidad/dimisión] y adherimos a un concepto no extremo, que da lugar a los matices y que permite establecer grados o escalas en la responsabilidad, concluiremos que hay «responsabilidad política institucional»

---

atenué un sistema asentado en el *spoil system*. Para alcanzar esta conclusión parte de la postura –criticada por Bustos Gisbert y contraria a la expuesta en este trabajo– de que el sistema parlamentario español se encuadra dentro de las tendencias del parlamentarismo actual que apuestan por un progresivo declive del principio de la responsabilidad política individual de los ministros. Ello así puesto que identifica responsabilidad-dimisión. Entiende que el sistema gira sobre la responsabilidad del Presidente que es quien, al menos formalmente, propone el nombramiento de los ministros al Rey. Afirma: **«en realidad, en este caso, la responsabilidad política no se materializa sino a través de la retirada de esa confianza que previamente se había depositado; de ahí que como se ha dicho, la responsabilidad política se concreta en una sola cosa: la dimisión, por propia voluntad, o el cese, por decisión ajena, en el cargo que se ocupa»**. Por su parte, también Morell Ocaña advierte sobre la marginación del «sistema de mérito» provocada por la designación libre de agentes que tienen, en los niveles directores o superiores de la Administración, responsabilidad gestora. Ubica esta «cadena de lealtades» desde la cúspide hasta los niveles organizativos de cierta significación (ver pág. 28). Román Masedo, (Ob. Cit., Pág. 20) encuentra en el «spoil system» (su versión castiza es para la autora el sistema de cesantías) un aspecto permeable a los actos de corrupción. Asocia la **ausencia de corrupción** a una **administración despolitizada**, que estima debería desaparecer si se acatara con rigor el principio de «neutralidad política» de la administración y se pusiera en manos de profesionales la gestión de los objetivos del Estado.

<sup>537</sup> Sujetos abracados por la ley 5/2006, art. 3.2, apartados “b” a “m”.

cuando, en líneas generales, se rinden cuentas ante el Parlamento, ya sea redirigiendo las preguntas en el caso de que afecten a áreas de decisión de las cuales el cargo está alejado [i) responsabilidad encauzadora]; cuando simplemente se informa sobre una materia de competencia propia [ii) responsabilidad informativa]; cuando se explica o justifica una actividad o decisión [iii) responsabilidad explicativa], cuando se rectifican errores propios o ajenos [iv) responsabilidad enmendadora o rectificadora], o cuando se exige la dimisión [v) responsabilidad inmoladora], posibilidad que en este caso –y aunque no está del todo claro cuando se da la obligación– sólo parece posible en el caso de los Ministros. De tal suerte, **el hecho de que los altos cargos, que destaca Bustos Gisbert<sup>538</sup>, sólo actúen en los niveles de responsabilidad más débiles [responsabilidad encauzadora e informativa] no implica que no sean auténticos responsables políticos ante el propio Parlamento.** En efecto, aún cuando sólo se presentaran a dar informaciones ya estarían actuando, por definición, una responsabilidad política institucional ante la Cámara. Pero, lo que más nos importa plantear aquí es que si la responsabilidad política es un proceso que no sólo incluye la información, sino también la explicación, justificación y enmienda (aparte del sacrificio del ministro afectado, en su caso), los altos cargos pueden ser sujetos pasivos de responsabilidad política, en los niveles más comprometidos ante la misma sede Parlamentaria. Precisamente, también en esto consiste una de las críticas que Jiménez Asensio dirige a los argumentos de Bustos Gisbert, cuando sostiene que «llama poderosamente la atención que utilizando un concepto tan amplio de responsabilidad política pretenda ésta reducirse, en nuestro panorama institucional, sólo a los Ministros. Pueden suscitarse algunas dudas, efectivamente, sobre el alcance de la responsabilidad política determinados cargos ministeriales tales como Secretarios Generales, Subsecretarios,

---

<sup>538</sup> Véase en la página 299.

Directores Generales, y Secretarios Generales Técnicos»<sup>539</sup>. La posibilidad de que así suceda la trae la Ley 5/2006, tema en cuyo tratamiento específico entraremos previo dedicar unas palabras a la responsabilidad política difusa. Baste por ahora mencionar que el artículo 7.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece que los Secretarios de Estado «son órganos superiores de la Administración General del Estado, directamente responsables de la ejecución de las acción del Gobierno en un sector de la actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno», aunque luego disponga que actuarán bajo la dirección del titular del Departamento o del Presidente, según los casos (art. 7.2). Asimismo, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dispone que a «los titulares de los órganos directivos»<sup>540</sup> les es de aplicación al desempeño de sus funciones: «la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada» (art. 6.10.a)<sup>541</sup>.

### **2.2.2. Responsabilidad política difusa**

Todos los gestores del poder público habrán de ser, ineludiblemente, y más allá de norma que lo imponga, sujetos de responsabilidad política difusa, que definimos como

---

<sup>539</sup> Continúa diciendo «pero no creo que la clave de bóveda de esa exclusión se halle precisamente en la legitimidad democrática de los Ministros, pues no podemos olvidar que son nombrados por el Rey a propuesta del Presidente de Gobierno, pudiendo ostentar o no la condición de parlamentarios, y pueden tener por tanto una legitimidad democrática indirecta de segundo grado; esto es, si un Ministro no es siquiera miembro de alguna de las Cámaras del Parlamento su legitimidad democrática se aproxima mucho a la que puede tener un titular de un órgano superior o directivo, e inclusive puede ser menor que la que ostentara un Secretario de Estado que tuviera la condición de parlamentario. La pareja de conceptos que el autor combina perfectamente, responsabilidad política/representación, sufre aquí un serio desajuste» (Jiménez Asensio, Rafael, *¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002, Pág. 255).

<sup>540</sup> Son estos los Subsecretarios, Secretarios generales, Secretarios generales y técnicos, Directores generales y Subdirectores –estos últimos sin consideración de alto cargo– (art. 6.2 y 5 de la Ley 6/1997 –LOFAGE–).

<sup>541</sup> Mencionamos que para Bustos Gisbert -quien hace referencia a Bar Cedón por similar opinión- la responsabilidad política en estos casos es ante el ministro, no ante el Parlamento (*La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 48).

consecuencia de la obligación general de rendir cuentas que ante los ciudadanos tienen todos aquellos que desempeñan cargos representativos, ya sea por haber obtenido la confianza de forma directa de la colectividad, o bien, por haberla obtenido de manera derivada, a través de alguno de los órganos estatales cuyo status jurídico le permita hacerlo. Este tipo de responsabilidad puede también identificarse con la «genérica libertad de crítica». En este sentido, explica Ferrajoli que los rasgos específicos de los diversos tipos de responsabilidad política cambian con la diversa naturaleza de la relación representativa. En particular, la especificidad de la forma de responsabilidad política que es propia de las democracias parlamentarias está ligada a las particulares características de la relación fiduciaria que media entre Gobierno y Parlamento. A diferencia de las demás formas de representación política, como por ejemplo de los parlamentarios frente a los electores o, en las formas de gobierno presidencial, la del presidente en relación con el cuerpo electoral, en las que la responsabilidad de los electos se verifica sólo en el momento de las elecciones, resolviéndose durante toda la duración del cargo en una presunción de representatividad, en la relación de confianza la representatividad de la dirección política del gobierno frente a la mayoría parlamentaria es siempre verificable y por eso puede decirse permanente. De hecho, el cuerpo electoral no tiene, en relación con los parlamentarios ni con los presidentes elegidos, directamente ningún instrumento jurídico para hacer valer la responsabilidad política de los propios representantes antes del fin de su mandato. Por tanto, no puede constreñirles a cambiar su línea de conducta ni determinar su cese, teniendo que conformarse en estos casos exclusivamente con instrumentos de presión política no jurídicos, todos genéricamente referibles a la genérica libertad de crítica.

**Hay entre los tipos de responsabilidad política institucional y difusa cierta conexión.** Sucederá que el Parlamento, generalmente, se va a mostrar sensible ante los



reclamos o juicios negativos de la opinión pública o los medios de comunicación y, consecuentemente, reclamará la comparecencia del Miembro del Gobierno cuestionado<sup>542</sup>. Por su parte, en virtud de la prerrogativa reconocida por el art. 110 de la CE, puede también el afectado pedir ser oído para exponer espontáneamente su rendición de cuentas ante la Cámara Baja. Tan sólo por mencionar un ejemplo de este encuentro entre responsabilidad política institucional y difusa de un alto cargo, recordamos el caso del cuestionamiento por parte de los medios de comunicación de un Secretario de Estado a resultas de la publicación de una serie de notas periodísticas. Sólo en el Diario El Mundo (medio que lanzó las acusaciones) el tema fue doce veces noticia de primera página durante la segunda quincena de junio de 2009. El Parlamento –reconociendo su motivación de despejar las dudas presentes en la opinión pública– solicitó la comparecencia del agente a la vez que éste, por petición propia, solicitó «informar sobre su actividad gestora». Fue así que el 20 de mayo de 2009 se presentó en el Congreso de Diputados el Director del Centro Nacional de Inteligencia (con jerarquía de «Secretario de Estado», Alberto Saiz Cortés). El partido opositor le requirió que informe [o explique, bien podría tratarse de una «responsabilidad explicativa»] sobre el origen de los fondos con los que sufragó su participación en jornadas de caza y pesca tras unos viajes al extranjero realizados con motivo de encuentros relacionados con servicios secretos. Por su parte, el Secretario de Estado [que insistimos solicitó informar «sobre su actividad como director del centro», actividad que sólo puede ser informada en la «Comisión de Asuntos Reservados»], se dedicó a defenderse de aquella acusación por la que se le imputaba haber utilizado recursos públicos en provecho propio. En respuesta directa a las acusaciones de las que se hicieron

---

<sup>542</sup> Como se afirma «el escenario de la responsabilidad política ha cambiado mucho en los últimos tiempos. Con frecuencia los medios de comunicación ocupan el lugar de la oposición en el Parlamento: es decir, ésta sigue en su estrategia a los medios, en vez de dirigirla. La agenda política parlamentaria se suele conformar a partir del flujo de información que proporcionan los periódicos y los programas de radio y televisión» (Maravall, José María, *El control de los políticos*, Ob. Cit., Pág.24).

eco varios medios de comunicación, justificó como afrontó el gasto por refacciones en su casa (punto no cuestionada por la Cámara); ofreció las facturas que acreditaban los pagos por él asumidos, y, finalmente, dio explicaciones en cuanto a los viajes adjudicados. Sin perjuicio de su extensa exposición, el Secretario de Estado se negó a brindar más detalles pues, entendió, que a nadie debía explicar los gastos asumidos en sus viajes privados, más allá que decir que fueron costeados con dinero de su bolsillo. El 23 de junio de 2009, debió presentarse –ya a puertas cerradas– ante la Comisión de Fondos Reservados, ocasión en la que sí entregó facturas para rebatir la acusación relativa a que financió actividades privadas con fondos públicos. Finalmente, el 2 de julio de 2009 el Centro Nacional de Inteligencia difundió un comunicado anoticiando de la dimisión voluntaria del Secretario de Estado. Resulta interesante destacar algunos párrafos de este documento, pues en él se afirma “...Al margen del desgaste personal debido a la campaña mediática (...) contra su honor y su prestigio (...), Saiz considera que su dimisión ayudará a evitar un posible deterioro del funcionamiento del CNI, una cuestión que por responsabilidad con la Institución (...) y por su compromiso con la seguridad de los españoles no puede permitirse. Asimismo, el Director del CNI considera que (...) su permanencia en el cargo podría acabar perjudicando la imagen del Gobierno de España (...)” (Cfr. El País, 03-07-09, “Saiz renuncia al perder el apoyo del Gobierno”). **El ejemplo elegido [uno entre tantos que podrían citarse], autoriza dos conclusiones. En primer lugar, la factibilidad de que la responsabilidad política difusa se trasvase a la responsabilidad política institucional ante el Parlamento [y notemos que en este se trata de un alto cargo de la ley 5/2006]. En segundo término, que el hecho de que los ciudadanos no tengan instrumentos jurídicos para hacer valer la responsabilidad política institucional de sus propios representantes antes del fin de su mandato, explica la importancia siempre creciente de los medios de comunicación de masas en la vida de las**

**modernas democracias representativas, en las que las auténticas y eficaces vicisitudes de la responsabilidad política («difusa») se desarrollan a través de los periódicos, la televisión y la radio**<sup>543</sup>. De hecho, García Morillo encuentra la concurrencia de tres elementos en la responsabilidad política difusa: i) la libertad de crítica política; ii) la existencia de muy diversos mecanismos para remover a quienes ocupan cargos políticos; y iii) la convicción de que la crítica persistente puede variar la relación de fuerzas. De ahí –opina– nace la sujeción de los actores políticos a todos aquellos hechos que configuran un equilibrio político desfavorable para ellos, con las consecuencias que de esta institución se derivan. En la responsabilidad política difusa, al contrario que en la institucional, todo es, como el propio nombre lo indica, difuso: ante quién se es responsable; cuándo y de qué es algo que depende fundamentalmente de la intensidad de la crítica pública; de quién –los propios o ajenos– la ejerza y de qué consecuencias puedan seguirse en caso de ignorarla<sup>544</sup>.

Finalmente, modulados los alcances de la responsabilidad política e identificados sus sujetos pasivos, habría que concluir bajo qué criterio se evalúa la responsabilidad política (individual o colectiva, institucional o difusa de los agentes). La afirmación es que, en lo que respecta a los actos de dirección política, se lo hace desde el criterio de

---

<sup>543</sup> Ferrajoli, Caro F., *Representación y responsabilidad política*, Ob. Cit., Pág. 53. Remarcando también el desfallecimiento de la responsabilidad política institucional (responsabilidad política de los Ministros) aparece Rafael Jiménez Asensio quien reconoce que «la responsabilidad política individual se ha diluido frente a la emergencia de la responsabilidad mediática y de la responsabilidad penal, que, dentro de una cierta perversión de las formas, son los instrumentos que se han utilizado para dirimir responsabilidades [desde principios de la década de los noventa del siglo pasado hasta nuestros días]. (Cfr. *¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, Núm. 66, Septiembre-Diciembre 2002, Pág. 252).

<sup>544</sup> García Morillo, Joaquín, *La responsabilidad política*, Ob. Cit., Pág. 36. Señala los casos españoles Mohedano, Solchaga y Corcuera como ejemplos claros de exigencia difusa de la responsabilidad política, pues dimitieron o renunciaron al escaño en la creencia de que su permanencia era perjudicial para su grupo político y para ellos mismos y su retirada beneficiosa, aún cuando, al menos que se sepa, nadie se las exigió.

oportunidad <sup>545</sup>. De aquí deriva, precisamente, la mayor dificultad para fijar la responsabilidad política, especialmente en su variante institucional. Siempre en el plano político se harán evaluaciones de oportunidad, mientras que ya en el plano exclusivamente administrativo el único criterio de juicio será el de la legalidad. Pero, por cierto, si se trata de evaluar la responsabilidad política en los términos de la Ley 5/2006, será también el único criterio válido de enjuiciamiento en de legalidad. No hay «conveniencia» posible en su incumplimiento.

### **2.2.3. La Responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos en los términos de la Ley 5/2006 de Regulación de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado**

La responsabilidad política, como vimos, adoptará múltiples formas según quién ha de responder y ante quién. Pero dentro de las distintas formas en las que los Miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado tienen de «rendir cuentas», como consecuencia de la operatividad tanto de la responsabilidad política institucional como difusa, interesa en este trabajo señalar tan sólo **dos de estas formas**. Una adquiere la formalidad de una **declaración jurada**, la otra –más abstracta– exige a estos servidores públicos **mantener una línea de comportamiento y una imagen**. Comenzaremos con la primera de ellas.

---

<sup>545</sup> Luego de recorrer la historia de los mecanismos de responsabilidad política, Díez Picazo (Cfr. Ob. Cit., Pág. 69) afirma que una de las muchas aportaciones de la historia inglesa al bagaje conceptual del constitucionalismo moderno ha sido que la noción de que la legalidad no es el único criterio posible a la hora de enjuiciar o valorar las actuaciones de los gobernantes. Cabe también emplear el criterio de la oportunidad, que da lugar a una diferente responsabilidad, denominada responsabilidad política.

**La Ley 5/2006, exige que los miembros del Gobierno y demás altos cargos<sup>546</sup> realicen una declaración de actividades<sup>547</sup> [de carácter público] y una declaración patrimonial** comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones [de carácter reservado]<sup>548</sup>. Ambas son gestionadas, es decir, custodiadas y controladas por la Oficina de Conflictos de Intereses, adscripta orgánicamente al actual Ministerio de la Presidencia. Esta Oficina tiene la obligación de elevar al Gobierno, para su remisión al Congreso de Diputados, cada seis meses información detallada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido (vinculadas a la esa ley) y de las sanciones que hayan sido impuestas, con identificación de sus responsables<sup>549</sup>.

De tal suerte, encontramos en este especial mecanismo de rendición de cuentas, que es el sistema de declaraciones juradas de actividades y bienes, las siguientes particularidades:

**i)** Los sujetos cuentadantes [responsables] son los altos cargos [definidos ficticiamente por la propia ley]. Todos ellos son sujetos que ejercen poder público político y el ejercicio de ese poder está legitimado democráticamente;

**ii)** La materia sobre la que han de rendir cuentas no será necesariamente «actos de dirección política» o mejor dicho, no lo será de forma «inmediata», sino que puede tratarse de asuntos personales con relevancia pública e interés político en tanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo asumido [se trata de asuntos privados con relevancia pública].

---

<sup>546</sup> Básicamente involucra a los puestos jerárquicos de la Administración General del Estado que van desde los Miembros del Gobierno a Directores Generales y demás nombrados por el Consejo de Ministros.

<sup>547</sup> Ley 5/2006, art. 11.

<sup>548</sup> Ley 5/2006, art. 12.

<sup>549</sup> Ley 5/2006, art. 16.

Podrá pedírsele explicación tanto de la composición y evolución de su patrimonio, como de la concesión de una subvención otorgada a una empresa en la que integrantes de su círculo personal más íntimo desempeñen algún cargo de relevancia mencionado por la ley.

**iii)** Los sujetos ante los que han de rendir cuenta son diversos: el Gobierno, que en algunos casos serán sus superiores, esto en el supuesto de las públicas declaraciones de actividades; la Oficina de Conflicto de Intereses y el Congreso de los Diputados y, sólo en el caso de las declaraciones de actividades y de bienes exclusivamente de los Miembros del Gobierno y Secretarios de Estado, obligatoriamente ante los ciudadanos<sup>550</sup>;

**iv)** El mecanismo consiste en un sistema de declaratividad que exige una manifestación formal y escrita por parte del alto cargo. Las declaraciones deben prestarse bajo juramento de decir verdad<sup>551</sup>. Su naturaleza jurídica es la de un acto jurídico unilateral y personalísimo. Consecuencia de todo ello es que la declaración sólo puede ser cumplida por el agente público, no puede ser en ningún momento objeto de una delegación, y no daría lugar –en principio– a que el agente involucrado pueda redirigir las preguntas que sobre su contenido le efectuara el Parlamento. Lógicamente, y también en principio, tampoco un Superior podría presentarse a informar sobre uno de estos asuntos que no fuera el propio. Habrá, entonces, una clara identificación del sujeto responsable: deberá rendir cuentas cada agente de sus propios bienes y actividades;

**v)** Dado el carácter reservado del «Registro de Bienes y Derechos patrimoniales» impuesto por la norma y el acceso limitado que se permite sólo a los órganos públicos expresamente previstos [propio interesado, Congreso de los Diputados y Senado,

---

<sup>550</sup> Conforme el art. 14.4 de la Ley 5/2006 «el contenido de las declaraciones de bienes y derecho patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado se publicarán en el Boletín Oficial del Estado...»

<sup>551</sup> Esto se colige del art. 19 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006, y que establece que los altos cargos «serán responsables de la veracidad y actualidad de los datos que cumplimenten en las declaraciones, así como en las comunicaciones».

comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan, órganos judiciales para instrucción o resolución de procesos; y Ministerio Fiscal que realice actuaciones de investigación (art. 14.3)] los órganos superiores y directivos de la Administración no pueden tener acceso al contenido de las declaraciones de los otros altos cargos, aún cuando fueran ellos mismos los que los designaron en sus puestos. La información que contiene el registro se declara sometida a lo dispuesto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y a sus normas de desarrollo<sup>552</sup>.

Dadas las especiales características de este mecanismo de rendición de cuentas, debemos plantearnos cómo operará en este caso específico la responsabilidad política institucional.

**Más allá de que el Congreso tenga un poder general de pedir la información y comparecencia de cualquier ciudadano para la investigación de cualquier asunto de interés público<sup>553</sup> y que esto también, y principalmente, ocurra respecto de un miembro del Gobierno, alto cargo o funcionario, lo cierto es que en el supuesto de**

---

<sup>552</sup> Conforme el art. 4 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006.

<sup>553</sup> El Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, en cuanto al trabajo de las «**Comisiones no permanentes**», establece en su **Artículo 52** «**1.** El Pleno del Congreso, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público; **2.** Las **Comisiones de Investigación** elaborarán un plan de trabajo y podrán nombrar Ponencias en su seno y **requerir la presencia, por conducto de la Presidencia del Congreso, de cualquier persona para ser oída.** Tales comparecencias se ajustarán a lo dispuesto en la Ley prevista en el artículo 76.2 de la Constitución, y responderán, en todo caso, a los siguientes requisitos: a) La notificación del requerimiento para comparecer y de los extremos sobre los que se deba informar habrá de hacerse con quince días de antelación, salvo cuando, por concurrir circunstancias de urgente necesidad, se haga con un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días. b) En la notificación, el ciudadano requerido será advertido de sus derechos y obligaciones y podrá comparecer acompañado de la persona que designe para asistirlo». Asimismo, el **Artículo 44** «Las Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar: 1º. La información y la documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas, siendo aplicable lo establecido en el apartado 2 del artículo 7º; 2º. La **presencia ante ellas de los miembros de Gobierno**, para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos Departamentos; 3º. **La presencia de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia** objeto del debate, a fin de informar a la Comisión. 4º. La comparecencia **de otras personas competentes en la materia**, a efectos de informar y asesorar a la Comisión».

la investigación de un hecho vinculado a nuestra Ley 5/2006, particularmente puede hacerlo activando la «responsabilidad política institucional». La llamada «ley sobre conflicto de intereses» en su artículo 16, expresamente, asigna al Congreso de los Diputados una concreta competencia de fiscalización y vigilancia, consistente en asegurar «la transparencia del control del régimen de incompatibilidades. En concreto, le solicita que esté al tanto del «cumplimiento por parte de los altos cargos de las obligaciones de declarar», así como de las infracciones que hayan cometido y de las sanciones que hayan sido impuestas en la materia. **Tiene así el Congreso de los Diputados un poder privilegiado de juicio y crítica sobre el efectivo cumplimiento por parte de la cúpula del ejecutivo de las obligaciones personalísimas que le impone la Ley de «conflicto de intereses».** En poder de esta competencia expresa, el Congreso de los Diputados podría pedir la comparecencia [entendemos que en caso de sospecha de falsedad u omisiones en las declaraciones; frente a enriquecimientos desproporcionados; desempeño de actividades prohibidas; apariencia de situación de conflicto de intereses, etc.] de cualquiera de los sujetos obligados de la Ley 5/2006 no sólo para que informen sobre ciertos aspectos de sus declaraciones juradas, etc., sino para que se justifiquen y, eventualmente, los rectifiquen. Con ello el Parlamento estaría haciendo valer dos tipos de responsabilidades: explicativa y enmendadora o rectificadora, de tercer y cuarto nivel, por lo que en el supuesto se sobrepasarían los niveles calificados como propios de la llamada «forma débil de exigencia de responsabilidad política institucional». Por tanto, si bien resulta posible que «cuando se requiera la justificación y explicación de una determinada orientación política [tercer nivel] sea el ministro el único capaz de hacerlo»<sup>554</sup>, cuando la comparecencia tenga por objeto rendir cuentas del cumplimiento de las obligaciones por el llamado sistema de «conflicto de intereses» y «declaratividad de actividades y bienes», será – en principio– sólo el «alto cargo» involucrado en el asunto el capaz de responder.

---

<sup>554</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ob. Cit., Pág. 57.



La particularidad que trae consigo la Ley 5/2006 al sistema de «responsabilidad política institucional» es que en algunos supuestos quedaría anulada toda posibilidad de responsabilidad en cascada. Como vimos, un Ministro puede ser llamado ante el Parlamento para informar o dar explicaciones sobre la gestión de un inferior a quien él designó, sin embargo, si se trata de dar razones sobre los términos en que se formuló una declaración jurada de bienes o de la evolución del patrimonio propio de otro agente, el Ministro nunca podría ser llamado, ni por el Presidente, ni por el Parlamento<sup>555</sup>.

---

<sup>555</sup> Ya explicamos que el mecanismo consiste en un sistema de declaratividad que exige una manifestación formal y escrita por parte del alto cargo. Las declaraciones deben prestarse bajo juramento de decir verdad. Su naturaleza jurídica es la de un acto jurídico unilateral y personalísimo. Consecuencia de todo ello es que la declaración sólo puede ser cumplida por el agente público, no puede ser en ningún momento objeto de una delegación, y no daría lugar –en principio– a que el agente involucrado pueda redirigir las preguntas que sobre su contenido le efectuara el Parlamento. Lógicamente, y también en principio, tampoco un Superior podría presentarse a informar sobre uno de estos asuntos que no fuera el propio. Habrá, entonces, una clara identificación del sujeto responsable: deberá rendir cuentas cada agente de sus propios bienes y actividad. Véase en la página 310.



### 3. Los deberes institucionales de los altos cargos [El imperativo]

#### 3.1. El deber institucional de ofrecer una imagen

Es un lugar común en los medios de comunicación y la crítica política, en general, encontrarnos con referencias a la imagen de los políticos y gobernantes, a la sensación de impunidad y a la percepción de la corrupción. Pareciera así que en el ámbito del ejercicio del poder público y en lo que respecta a sus gestores, lo ético y lo estético [como lo relativo a la percepción y apreciación de un ideal; en definitiva a la «apariencia»] son aspectos que, cuanto menos en el deseo de los ciudadanos, debieran encontrarse unidos.

Podría objetarse que este tipo de análisis excede las posibilidades académicas nuestro trabajo, siendo el propio de otras disciplinas como la ciencia política o la sociología. Acertada sería esta crítica si no fuera por el hecho de que la imagen, no ya de la Administración Pública como institución<sup>556</sup>, sino la de sus agentes individualmente considerados, es un tema del que se ocupa el orden jurídico español. Atender a la imagen de los gobernantes y políticos no ha sido desde antaño una materia extraña al ordenamiento normativo, pero lo que queremos subrayar aquí es que en la actualidad tampoco resulta extraña al orden jurídico<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> En el plano institucional, el **Estatuto Básico del Empleado Público**, Ley 7/2007 de 2 de abril, regula que tanto las faltas graves como leves serán establecidas atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad; b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos; y c) **el descrédito para la imagen pública de la Administración (art. 95.3)**. En cuanto a la **imagen de los altos cargos**, por ejemplo, la Ley de Transparencia y Buenas Prácticas en Administración Pública Gallega (Ley 4/2006, de 30 de junio) establece como «Principio de Actuación» que sus agentes «Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las administraciones o **la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus servidores**». (art. 15.2.9).

<sup>557</sup> Empleamos el término «orden jurídico» en el sentido utilizado por Kelsen como expresión que alude, dicho simplificado, al «conjunto articulado de las normas jurídicas vigentes en un Estado». Pues, **la obligación de mantener una imagen del servidor público sin duda ya formaba parte del «sistema normativo»**, entendido este como «un complejo de elementos interactivos que forman una totalidad articulada, dinámica, autorregulada, abierta y

**Precisamente, en lo que respecta específicamente a los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, la exigencia que a ellos se dirige de «ofrecer una imagen» apareció con el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado [publicado en el BOE el 7 de marzo de 2005] y, posteriormente, con la ley 5/2006 de «Conflicto de Intereses» [del 10 de abril de 2006].**

El Código de Buen Gobierno, entre otras exigencias éticas, pretende de los altos cargos que actúen con «credibilidad», «transparencia», «ejemplaridad», «austeridad», y honradez<sup>558</sup>. Por su parte, la llamada «Ley de Conflicto de Intereses» asume como uno de sus objetivos el *«reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos»*<sup>559</sup>.

Con todo es una evidencia que la visualización de ciertas cualidades o circunstancias personales, cuestiones que incluso hacen a la vida privada de los altos cargos, se convierten

---

plural) y que, concretamente, como «totalidad abierta» está conformado no sólo por normas jurídicas (su elemento primario) sino también por «normas no escritas (costumbres); así como pautas de creación o interpretación de las normas del sistema (precedentes jurisprudenciales, principios generales del Derecho, dogmas científicos, valores o standards éticos, sociales y políticos)» (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, Pág. 299).

<sup>558</sup> Estipula el apartado primero, al exponer los principios básicos de actuación que «Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres». Al respecto véase también en la página 360 en que se justificará, entre otras cuestiones, cómo es que en el «Código de Buen Gobierno», a la hora de exigir a los altos cargos el cumplimiento de la ley, el acento está puesto en la «imagen», en tanto lo relevante es la apariencia de cumplimiento y la rendición de cuentas.

<sup>559</sup> Dice: «En el Título II, y cumpliendo lo acordado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 23 de abril de 2002, se establece un nuevo régimen de prevención de situaciones de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado en el que, a partir de la vigente Ley 12/1995, de 11 de mayo, se introducen las modificaciones necesarias para suplir las deficiencias, e incluso lagunas legales, que con el paso del tiempo se han venido detectando, y se refuerza la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos».

en materia de «interés público», pues ya no se trata de que sólo importan a los medios de comunicación y a los ciudadanos, sino también al Estado. Al menos así lo patentizan sus normas. No es un dato menor que respalda nuestra posición el hecho de que desde hace años el Tribunal Constitucional venga afirmando dos cuestiones trascendentales: i) que la imagen de todos cuanto administran el poder público está sometida a escrutinio y que en su observación y juicio hay un interés legítimo (STC 134/1999, de 15 de junio, FJ. 8); y ii) que estos sujetos no sólo deben tolerar que se divulgue información sobre lo que dicen o hacen en el ejercicio de sus funciones, sino sobre lo que dicen o hacen al margen de la misma, claro que –recordando el principio de conexión del que ya hablamos– siempre que ello tenga una directa y evidente relación con el desempeño del cargo (STC 1992/1999, de 25 de octubre, FFJJ 7 y 8).

**El orden jurídico nos dice que la imagen importa.** En las líneas que siguen intentaremos explicar y justificar esta exigencia y, posteriormente, concretar qué tipo de imagen es la que se espera, concretamente, de los altos cargos.

La expresa interpelación legal a especiales sujetos de mostrar una especial imagen no es una novedad. La realidad nos muestra la existencia de diversos sectores de la vida social en los que se entiende que el desarrollo de las funciones viene condicionado por un conjunto de postulados personales que pueden demandarse a los implicados en razón de la relevancia social de la actividad que realizan. A sus actores se les pide decoro, honorabilidad, prestigio o dignidad. Así por ejemplo, desde el año 1862 la Ley de Notariado conmina a los custodios de la fe pública a que mantengan un «decoro» en el

ejercicio de su profesión, bajo advertencia de sanción<sup>560</sup>. Más cercana en tiempo, la normativa reguladora del sector empresarial y financiero invariablemente pide, como requisito para el desempeño de la actividad, que sus actores cuenten con «honorabilidad» empresarial o profesional<sup>561</sup>. En definitiva, lo que parece razonable es que al abordarse la regulación de profesiones o actividades de profundo alcance social y que implican riesgos y peligros evidentes, se adopten criterios especiales, tales como exigir que los aspirantes acrediten su honorabilidad no sólo al inicio, pues su mantenimiento es contemplado como requisito sine qua non para seguir desempeñando la actividad regulada<sup>562</sup>. A nadie escapa que si este tipo de exigencias funcionan y son imprescindibles en el ámbito privado, aún más se justifican en el sector público, merced la importancia de la actividad desarrollada debido a la afectación a los intereses generales que conlleva. Sin embargo, a nivel de los cargos más jerárquicos de la Administración General del Estado, no fue sino hasta la entrada en vigor del Código de Conducta para Miembros del Gobierno y Altos Cargos (año 2005) que se decidió pedir a la elite lo que ya se pedía a otros colectivos del sector privado

---

<sup>560</sup> Ley de 28 de mayo de 1862, Ley de notariado, art. 43.

<sup>561</sup> La Ley de Reforma del Sistema Financiero, 44/2002 de 22 de noviembre, establece un régimen de honorabilidad empresarial y profesional de los administradores y directores generales y asimilados de empresas de servicios de inversión. La Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pagos internacionales, establece que la autorización para la creación de una entidad de pago se denegará «...si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, no se considera adecuada la idoneidad de los accionistas que vayan a tener una participación significativa. Entre otros factores, la idoneidad se apreciará en función de: 1) La honorabilidad comercial y profesional de los accionistas. El Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, exige la honorabilidad comercial y profesional de los socios, honorabilidad que –en forma coincidente con otras leyes– presume cuando los socios fueran Administraciones Públicas o entidades de ellas dependientes. Similares requisitos exigen La Ley de mediación de Seguros y Reaseguros Privados (Ley 26/2006, del 17 de julio). Sin embargo, nos interesa destacar que como legislación definitivamente atenta a las cualidades personales encontramos el **Reglamento de Agentes Consulares Honorarios de España en el Extranjero de 2007** (Real Decreto 1390/2007, de 29 octubre) cuando al exponer las condiciones requeridas para los agentes, establece que «...La persona cuya candidatura se proponga deberá ser mayor de edad y residente en el lugar establecido como sede de la Oficina consular honoraria y **localmente conocida por su honorabilidad y prestigio**. De la información recabada por el Jefe de la Oficina consular de carrera o el Jefe de la Misión Diplomática que hace la propuesta deberá poner de manifiesto la capacidad y voluntad de la persona seleccionada para desempeñar con dedicación y dignidad las funciones representativas o de gestión que puedan serle encomendadas».

<sup>562</sup> Martín Retortillo Baquer, Lorenzo Martín, *Honorabilidad y buena conducta como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades*, en RAP, Núm. 130, enero-abril, Madrid, 1993, Pág. 26.

y público menos protagónicos en la consecución del interés público. Hasta entonces tan sólo la legislación sobre incompatibilidades centraba el «marco de referencia» de su actuación en cuestiones relativas, exclusivamente, al desempeño de su función y a la imposibilidad de que sus actuaciones personales se combinen con las públicas. Esto motivó la crítica justificada de que la normativa de incompatibilidades fuera, cualitativamente hablando, menos exigente en lo que se refiere a conductas frente a la sociedad, que las normas referidas a actividades privadas con menor repercusión social, como las antes mencionadas. Hasta entonces la normativa sobre incompatibilidades de los altos cargos buscaba asegurar un *mínimum* de honorabilidad que la sociedad demandaba<sup>563</sup> de sus gobernantes, pero no atendía adecuadamente las restantes exigencias que la nueva sociedad democrática estaba reclamando en pos de controlar su credibilidad y honestidad.

**Las actuales exigencias legales que reclaman una imagen de decoro o de integridad, honestidad, honorabilidad, credibilidad, ejemplaridad, transparencia, austeridad, prestigio –etc.– remiten a una «visualización» de los altos cargos que conlleva un particular modo de mirar: no se trata de una mirada distraída u ociosa, sino de un «escrutinio».** En efecto, de esta palabra se vale el Tribunal Constitucional cuando fundamenta la necesidad de limitar los derechos a la intimidad, honor e imagen de las personas públicas. Acabamos de decir que su afirmación es que la imagen de los personajes públicos, los que tienen atribuida la administración del poder pública, está sometida al escrutinio de los ciudadanos. Conmina así a los agentes para que toleren y faciliten la mirada atenta de la colectividad, de forma tal que sus integrantes puedan

---

<sup>563</sup> Esta referida asimetría de exigencias para el sector privado y el sector público fue destacada por Alberto Palomar Olmeda para quien la «cláusula de cierre» estaba, sin duda, en la posibilidad de exigir un tipo de responsabilidades –las políticas– que no pueden ser objeto de jurificación y que, sin embargo, pueden llenar la presunta laguna de exigencia referida (*Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2003, Pág. 697).

examinar y averiguar con exactitud aquellos datos que les interesan sobre su actividad pública o personal y que, al mismo tiempo [es una exigencia acumulativa<sup>564</sup>], sean idóneos para formarse un juicio ellos en tanto «personas públicas» o «administradores del poder público».

**Los gobernantes y demás altos cargos tienen el deber de ofrecer una «imagen pública», definida como un conjunto de rasgos que los caracterizan como «servidores públicos». Debe destacarse que los «rasgos» de esa imagen están «normativizados» pues hay textos legales que dicen cuáles son válidos y, cuáles no lo son.**

Entendemos como un acierto el hecho de que con este tipo de normas (i.e. «Código de Gobierno» y «ley de Conflictos», más allá de sus merecidas críticas) se halla iniciado un proceso que tiene como objeto interiorizar, en la conciencia de ciudadanos y gobernantes, que el reclamo de conocer aspectos que exceden los estrictamente funcional es un mandato válido y legítimo; que esta elite de la Administración, particularmente poderosa<sup>565</sup>, tiene el deber de transparentar tanto cuestiones «públicas» como algunas «privadas» y que, en suma, pesa sobre ellos la responsabilidad y el cometido de devolver una imagen tan prestigiada como lo es la función que cumplen. Es también ese «devolver una imagen» una forma de rendir cuentas que trae consigo la Ley 5/2006<sup>566</sup>.

**La razón de ser del surgimiento de las «obligaciones políticas» fue justificada con precisión por Rawls, al estudiar la categoría de los «deberes**

---

<sup>564</sup> Véase en en la página 182 en donde se afirma que las categorías subjetivas no son, por sí mismas, el criterio legitimador de las intromisiones de los derechos de la personalidad.

<sup>565</sup> Véase en la página 248.

<sup>566</sup> Nos dedicamos en este trabajo a evaluar tan sólo dos de estas formas. Una adquiere la formalidad de una declaración jurada, la otra –más abstracta– exige a estos servidores públicos mantener una línea de comportamiento y una imagen. Véase en la página 308.



posicionales»<sup>567</sup> y todo ello como derivación del «principio de imparcialidad». Según desarrolla, los «deberes institucionales» o obligaciones políticas aparecen como una derivación del principio de imparcialidad<sup>568</sup>, por el que se sostiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y que lo haga tal como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: i) que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y ii) que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses<sup>569</sup>. La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa [pensamos nosotros que podría

---

<sup>567</sup> Al analizar la corrupción política, Ernesto Garzón Valdés también recurre a la categoría de «deberes institucionales», que identifica con la mencionada en este trabajo como «deberes posicionales». Al respecto sostiene que «los cargos oficiales imponen a quienes los detentan una serie de deberes. Este tipo de deberes específicos suelen ser llamados «institucionales». El decisor que interesa para la consideración del fenómeno de la corrupción está sujeto a este tipo de deberes. En general, y sobre todo, para los casos en que los sistemas normativos relevantes no son políticos o jurídicos o jurídicos, la expresión «deberes institucionales» puede ser sustituida sin mayor inconveniente por la de «deberes posicionales». Es posible, en este sentido, hablar de derechos y deberes institucionales o posicionales de un gobernante, de un juez, de un futbolista, de un sacerdote o de un director de empresa». (*Acercas del concepto de corrupción*, en *La Corrupción Política*, Laporta, Francisco y Alvarez, Silvina, Editores, Alianza Editorial, Madrid, 1997, Pág. 42).

<sup>568</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, Pág. 113-115.

<sup>569</sup> Más adelante, sintetiza este principio de imparcialidad en los siguientes términos: el principio sostiene que una persona está obligada a cumplir su parte, especificada por las reglas de una institución cuando ha aceptado voluntariamente los beneficios del esquema institucional, o se ha beneficiado de las oportunidades que ofrece para fomentar sus intereses, siempre esta institución sea justa o imparcial, es decir, satisfaga los dos principios de justicia. Basta considerar los actos voluntarios como actos mediante los que se amplían libremente nuestros deberes naturales. Pero parece apropiado distinguir entre aquellas instituciones o aspectos de la mismas que se nos aplican inevitablemente, ya que nacemos en ellas y regulan el alcance de nuestra actividad, y aquellas que se nos aplican porque hemos cometido libremente ciertos actos, como medio racional de conseguir nuestros fines. Por tanto, tenemos el deber natural de obedecer la constitución, o las leyes que regulan el derecho de propiedad (suponiendo que sean justas), mientras que tenemos la obligación de cumplir los deberes de un puesto que hemos logrado meritoriamente, o de seguir las reglas de las asociaciones o actividades en las que participamos. A veces es razonable valorar de un modo diferente los deberes y las obligaciones, cuando entran en conflicto precisamente porque no se producen del mismo modo. Al menos en algunos casos, el hecho de que las obligaciones sean asumidas libremente, tiene que influir en su valoración cuando entran en conflicto con otras exigencias morales. **También es verdad que los miembros mejor situados de la sociedad más probablemente tendrán obligaciones políticas, independientemente de los deberes políticos, ya que son estas personas las más capaces de obtener puestos políticos, y de beneficiarse de las oportunidades que ofrece el sistema institucional y, por tanto, están más firmemente sujetas al esquema de instituciones justas.** Para probar este hecho, y destacar el modo según el que se asumen libremente diferentes vínculos, es útil el principio de la imparcialidad. Este principio nos capacitaría a hacer una discriminación mejor del deber y la obligación. Por tanto, el término *obligación* se reserva a las exigencias morales que se derivan del principio de imparcialidad, mientras que las otras exigencias reciben el nombre de *deberes naturales*. (Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, Pág. 315).

ser el caso de la gestión del poder público], mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a las restricciones [en nuestro análisis, los ciudadanos] tienen derecho a una aceptación semejante por parte de los que se benefician de tal sumisión [los gobernantes que son quienes hacen uso de ese poder]. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional. Por definición las exigencias especificadas por el principio de imparcialidad son las obligaciones. Todas las obligaciones nacen de ese modo<sup>570</sup>. Existen varios rasgos característicos de las obligaciones que las distinguen de otras exigencias morales. Entre otras cosas, surgen como resultado de nuestros actos voluntarios: estos actos pueden consistir en compromisos expresos o tácitos, tales como los contratos y las promesas; pero pueden no serlo, como en el caso de la aceptación de beneficios. Además, el contenido de las obligaciones está siempre definido por una institución o práctica cuyas reglas especifican lo que se debe hacer. Y, por último, las obligaciones se dan normalmente frente a individuos definidos, es decir, aquellos que cooperan conjuntamente para mantener el acuerdo en cuestión. Lo que nos interesa particularmente es destacar que **como ejemplo ilustrativo de estas «obligaciones», Rawls presenta el acto político de participar como candidato y de (en caso de tener éxito) ocupar un puesto público en un régimen constitucional.** Según afirma, este acto da origen a la obligación de cumplir los deberes del cargo, y estos deberes determinan el contenido de la obligación. Se

---

<sup>570</sup> En contraste con las obligaciones, lo característico de los deberes naturales es que se nos aplican con independencia de nuestros actos voluntarios. Más aún, no guardan ninguna conexión necesaria con las instituciones o prácticas sociales; en general, su contenido no viene definido por las reglas de estos acuerdos. Tenemos, por ejemplo, un deber natural de no ser crueles, y un deber de ayudar al prójimo, ya sea que nos hayamos comprometidos a estas acciones o no. No nos sirve como defensa o como excusa el decir que no hemos prometido no ser crueles o vengativos, o ayudar a los demás. De hecho, por ejemplo una promesa de no matar, normalmente sería redundante hasta lo ridículo, y sería erróneo sugerir que establece una exigencia moral que no existía antes. Si acaso, desde el punto de vista de la justicia como imparcialidad, un deber natural básico es el deber de justicia. Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables (Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Ob. Cit., Pág. 115-116).

refiere aquí a los deberes, no como deberes morales, sino como tareas y responsabilidades asignadas a ciertos puestos institucionales. Concluye que **cuando uno ocupa un puesto público está obligado ante sus conciudadanos, cuya confianza ha buscado y con quienes está cooperando en la tarea de poner en marcha una sociedad democrática.** Y la «obligación asumida» que interesa en este trabajo de tesis es la de exhibir una imagen que transparente determinadas cuestiones y circunstancias tanto públicas como privadas.

Colocarse en un lugar de visibilidad que permita el escrutinio de los ciudadanos es uno de los «deberes institucionales» u «obligaciones políticas» de los altos cargos asumen libremente. Para Rawls semejante exigencia no sería un «deber moral», en tanto son «morales» aquellos deberes que se aplican invariablemente porque nacemos en ciertas instituciones y que regulan el alcance de las mismas<sup>571</sup> [vgr. el deber natural de obedecer la constitución o las leyes que regulan la propiedad, también llamados «deberes naturales»]. Ese tipo de deber es una «obligación política» en tanto surge como una consecuencia y se aplica al individuo que ha cometido libremente el acto de ingresar a la dirección política del Estado.

En suma, **«ofrecer una imagen prestigiada de servidor público» es una tarea y responsabilidad asignada a todos los sujetos abarcados por la Ley 5/2006 como consecuencia del puesto que libremente eligieron ocupar.** De tal suerte que si fallan en ese «dar ejemplo»; si no cumplen su parte proporcional del trabajo corporativo asumido, pierden su derecho a obtener la ventaja acordada, que no es otra que proseguir administrando el poder público. En nuestro esquema de argumentos, si fallan en el ejemplo, perderán la confianza del pueblo y, por ende, su legitimidad.

---

<sup>571</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Ob. Cit., Pág. 315.

Hemos justificado hasta aquí el nacimiento de los «deberes posicionales» (obligaciones políticas). Analizaremos ahora por qué motivo, en el caso de los gobernantes o políticos, el exhibir una imagen, dejarse ver, transparentar aspectos públicos y algunos privados, reviste un interés público preeminente. Este proceso fue bien ilustrado por Thompson a partir de tres conceptos: la «política de la confianza», la «visibilidad de los políticos» y su «capital simbólico»<sup>572</sup>.

Sintetizaremos su desarrollo:

Los modos en que los dirigentes políticos aparecen ante otras personas han sido configurados por las cambiantes formas de la publicidad creada por los medios. Con la llegada de la radio, los dirigentes políticos empezaron a poder hablar directamente a miles e incluso a millones de personas, de un modo capaz de permitir un tipo de intimidad característico –a saber, la intimidad no recíproca a distancia– que era muy diferente de las

---

<sup>572</sup> Thompson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, 2001, Págs. 65-66. En relación al auge del «escándalo mediático» en el siglo XX, lo explica en base a tres condiciones: **i) el crecimiento y la consolidación de la prensa de difusión masiva:** utilizando la conocida fórmula de unos precios bajos, una amplia publicidad y una tirada pensada para las masas, los periódicos iniciaron una lucha incesantemente creciente por la definición de sus posiciones respectivas y por la obtención de una parte mayor y más segura del mercado. Una de las consecuencias de esa lucha fue la creciente consolidación de los periódicos como grandes agrupaciones capaces de controlar una creciente proporción del mercado. Otra de las consecuencias fue la continua expansión de los periódicos de tirada masiva, que se centraban en el entretenimiento y en la narración de historias y que acostumbraban a usar llamativos titulares, vívidas fotografías y un estilo literario de carácter popular como formas para definir y robustecer su posición en un campo con creciente competencia; **ii) el auge del periodismo de investigación:** este tipo de estilo informativo, crítico y basado en la investigación, en el que la búsqueda de los hechos ocultos se combinaba con la idea de que los periodistas tenían una responsabilidad moral en la erradicación de los abusos y en la exposición de los males, acabó poco a poco definiendo parte del comportamiento profesional del periodismo; **iii) la difusión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación:** las nuevas tecnologías de la comunicación mediata incrementaron en gran medida la visibilidad de los dirigentes políticos y demás figuras públicas, al tiempo que crearon una nueva categoría de individuos famosos –artistas de cine, artistas de música ligera, personalidades de la radio y la televisión, etcétera, que debían su celebridad sobre todo al hecho de ser visibles en esos medios. Además, estas nuevas tecnologías, en virtud de la riqueza audiovisual de los mensajes que transmitían, contribuyeron a crear un nuevo tipo de intimidad en el ámbito público, haciendo posible que los dirigentes políticos y otras personalidades apareciesen ante lejanas audiencias como individuos dispuestos a revelar –y así lo hicieron cada vez más– determinados aspectos de sus vidas privadas. Cuanto más visibles se volvieron como individuos los dirigentes políticos y las demás personalidades en la esfera pública, y cuanto más sofisticadas se hicieron las tecnologías, tanto más probable fue que las zonas de actividad anteriormente ocultas empezaran a salir a la superficie. **Un aumento de la visibilidad no implica necesariamente un mayor grado de sinceridad, pero sí aumenta el riesgo de que las actividades realizadas en la intimidad o casi en secreto acaben encontrando el modo de aparecer en el ámbito público** (Págs. 88-89).

peculiares relaciones entre el hablante y su audiencia que pueden hallarse en las reuniones de masas. En los días anteriores a la amplificación del sonido, un hablante que quisiera dirigirse a una masa congregada debía proyectar su voz con gran fuerza; los hablantes se situaban por lo general ante su audiencia, de modo que se los pudiera ver, y a menudo utilizaban un encendido lenguaje capaz de provocar una respuesta colectiva. Sin embargo, con la llegada de la radio, la retórica válida para una comunicación efectuada a cierta distancia física dejó parcialmente paso a la intimidad mediata; la fogosa oratoria del discurso vehemente pudo trocarse en la intimidad propia de una conversación o de una charla junto al fuego. Si a ello se añade la riqueza visual de la televisión, se tiene dispuesto el escenario para el florecimiento de un nuevo tipo de intimidad en la esfera pública. La impersonal lejanía de la mayoría de los dirigentes políticos del pasado se vio progresivamente sustituida por este nuevo tipo de intimidad mediata por la cual los políticos no sólo podían presentarse a sí mismos como dirigentes sino como seres humanos, como individuos ordinarios que pueden dirigirse a sus gobernados en calidad de conciudadanos, exponiendo para ello, de modo selectivo, aspectos de sus vidas y de su carácter de una forma próxima a la conversación e incluso a la confesión. En pocas palabras, los dirigentes políticos adquirieron la capacidad de presentarse a sí mismos como algo que los integrantes de las masas pudiesen considerar «uno de nosotros».

Lo clave –en la tesis de Thompson– es que una de las consecuencias del auge de la sociedad de la autorrevelación fue que los dirigentes políticos y otras figuras públicas pudieron ser, y empezó a ser probable que así fuera, cada vez más apreciados en términos de sus cualidades personales como individuos y no sólo en los términos definidos por sus logros en la vida pública. Cuanto más procuraron los dirigentes políticos y otros individuos presentarse a sí mismos en los medios como personas corrientes con vidas corrientes, tanto más probable fue que las audiencias a las que se dirigían se sintieran inclinadas a valorarlos

en función de su carácter como individuos –en términos de su sinceridad, su honestidad, su integridad, su condición de personas dignas de confianza—. De ahí que, aunque el uso de la autorrevelación proporcionara a los dirigentes políticos y a otros individuos, por un lado, formas nuevas de apelar a las audiencias y de procurar la obtención de su apoyo, también implicó, por otro, la existencia de nuevos riesgos. Al presentarse a sí mismos como individuos corrientes con sus propios valores y creencias, con su propia vida y compromisos personales, y con sus propias razones y motivos para hacer lo que hacían, los dirigentes políticos y otros individuos estaban confiriendo al carácter y a la integridad una relevancia aún mayor en la vida pública. Pero el carácter era un atributo por el cual podían, con idéntica facilidad, ser condenados.

Lo expuesto explica suficientemente por qué para Thompson la **esfera política** «es aquella esfera de acción e interacción que se ocupa de la adquisición y el ejercicio del poder político mediante el uso, entre otras cosas, del **poder simbólico**<sup>573</sup>. El uso del poder simbólico no es accidental o secundario a la lucha por la consecución del poder político, sino intrínsecamente esencial a ella. Cualquiera que desee alcanzar el poder político o ejercerlo de forma duradera y eficaz deberá **utilizar también el poder simbólico para cultivar y sostener la confianza en su legitimidad**; a menos que se proponga recurrir al uso de la coerción»<sup>574</sup>. La exigencia de celebrar elecciones a intervalos regulares garantiza que los representantes políticos se vean obligados, de cuando en cuando, a presentarse ante el electorado para tratar de obtener su apoyo en el marco de la competencia entre partidos, y para ganar ese apoyo han de tratar de persuadir; deben fomentar su credibilidad, generar

---

<sup>573</sup> Thompson utiliza la expresión **poder simbólico** para referirse a la capacidad de intervenir en el curso de los acontecimientos, influir en las acciones de otras personas y de hecho poder crear así, mediante la producción y transmisión de formas simbólicas, ciertos tipos de acontecimientos. **La reputación** es uno de los aspectos del capital simbólico; es un atributo del que disfruta un individuo o una institución, pero también es un recurso del que los individuos pueden echar mano al ejercer el poder simbólico.

<sup>574</sup> Thompson, John B, *El escándalo político*, Ob. Cit., Págs. 138-139.

compromisos y establecer o renovar los lazos de confianza que les sostienen. Un representante político ya existente o uno que aspire a llegar a serlo debe luchar para movilizar la fidelidad al partido y ha de persuadir a otros de que, pese a todas las reservas que pudieran albergar, han de confiar en él o en ella. Como parte de este proceso, los representantes políticos ya existentes o los que aspiran a serlo, han de buscar por lo general el modo de desacreditar a sus rivales, la forma de presentarlos como indignos de confianza y como opciones poco seguras, con lo cual logran aumentar su propia estatura a expensas de la de sus oponentes e incrementan sus posibilidades de éxito electoral.

Con estos argumentos, nos encontramos ahora en situación de comprender por qué los escándalos tienen tanta importancia en la esfera política, y por qué los escándalos políticos pueden ser tan perjudiciales para los dirigentes ya cuajados o para los que aspiran a serlo. Los individuos que actúan en el interior de la esfera política dependen de modo crucial, como ya hemos visto, de la utilización del poder simbólico para persuadir e influenciar a otros y para dar forma al curso de los acontecimientos. Y si el uso del poder simbólico es un elemento importante en muchas de las distintas esferas de la vida social, resulta vital en la esfera política, ya que cualquiera que se proponga alcanzar el poder político y ejercerlo de modo duradero y eficaz tiene que utilizar el poder simbólico para asegurarse el apoyo de terceras personas, tanto en el interior de la subesfera política como en el seno de la esfera política general. Y su **capacidad para ejercer el poder simbólico depende, entre otras cosas, del capital simbólico de que disponga** —esto es, del prestigio, la reputación y el respeto que haya logrado acumular—. De ahí que los políticos sean particularmente vulnerables a cualquier cosa que represente un riesgo de disminución de su reserva de capital simbólico, ya que eso podría debilitar o socavar su capacidad para ejercer el poder político.

Podemos concluir también que en la esfera política de la democracia liberal, una saludable provisión de **capital simbólico** no es simplemente un elemento útil, es una condición necesaria para la eficacia política, algo con importancia igual a la de una buena organización y un sólido respaldo económico. Hasta aquí su postura.

Ahora bien, tan extensa cita tiene por objeto corroborar como es que **la democracia avanza hacia nuevas demandas y entre estas se encuentra, sin dudas, el buscar una imagen del gobernante o político que transmita un *plus de ejemplaridad***. En palabras de Gomá, una «**ejemplaridad por elección**», que es la que rige en la organización y funcionamiento de los sistemas democráticos<sup>575</sup>. El ejemplo y el prestigio de los gobernantes es necesario para sostener la confianza y, transitivamente, la legitimidad del cargo que ocupan. Destruir o perjudicar la reputación de un alto cargo es destruir o perjudicar su credibilidad, y por consiguiente, debilitar o socavar su capacidad para persuadir e influir sobre otras personas, y, lo que más nos interesa, su capacidad para garantizar un vínculo de confianza y hacer que sus palabras se transformen en hechos. **Sería por tanto un completo error considerar que el apreciar la «imagen» de un gobernante, criticarla o rechazarla es una frívola distracción respecto de la auténtica sustancia de la política. La «imagen» determina su credibilidad, nos habla de su honradez y de su transparencia, nos permite «escrutar» y evaluar su integridad. Todo ello incide en la verdadera fuente de su poder, en su legitimación democrática, y puede tener (y a menudo tiene) consecuencias materiales sustanciales para la institución que encarnan.**

Por otro lado, parece un imposible pensar en la imagen de la Administración Pública sin plantearse que, precisamente, la imagen que se tenga de la institución, ya sea

---

<sup>575</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública, Ejemplaridad pública*, Ed. Taurus, Madrid, 2009, Pág. 266.



positiva o negativa, no es sino el resultado de la actitud y conducta de cada persona que labora en su organización. Todo gobierno, para mantener una imagen de administración honorable, honrada o íntegra, necesita contar con individuos que posean esas virtudes. Como veremos, es aquí donde la ética cobra importancia en tanto ha de ser aquel «mínimo exigible» para asegurar honestidad y responsabilidad en el servicio público.

También Bernard Manin se une a una idea positiva de la funcionalidad de la imagen. En su opinión «generalmente se reconoce que los representantes políticos son elegidos por su imagen, tanto la imagen personal del candidato como de la organización o partido a la que pertenecen. El término «imagen» puede dar sin embargo lugar a confusiones. A menudo se emplea oponiéndola a «sustancia» para denotar percepciones vagas y superficiales desprovistas de contenido político. Votar a partir de la imagen se suele contrastar con votar sobre la base de propuestas detalladas, habitualmente como preludeo para deplorar cómo aquellas prácticas han ganado terreno a éstas. Una concepción así de la imagen política fomenta la sensación de crisis de representación. De hecho, los estudios de opinión muestran que las imágenes que se forman los votantes no están desprovistas de contenido político»<sup>576</sup>.

En todo caso –entendemos– desconocer la vigencia y **auge de la «política de la confianza»**<sup>577</sup>, y asumir que las instituciones deben responder a sus necesidades, es una necesidad. Importa la «imagen», importa la «apariencia» ya que cuando ellas son negativas o desprestigiadas todo el sistema democrático termina desprestigiado o debilitado. Hoy en día en el debate político la veracidad, honorabilidad o credibilidad de los agentes públicos ocupa un primer plano. Como asegura Thompson: cuánto más se oriente nuestra vida política hacia cuestiones relacionadas con el carácter y la confianza, más significado

---

<sup>576</sup> Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Editorial Alianza, Madrid, 1999, Págs. 277-278.

<sup>577</sup> Se opone la «política de la confianza» a la «política ideológica», en la que importaban más los programas y las ideas.

concederemos a todas aquellas ocasiones en que la veracidad de los dirigentes políticos sea puesta en cuestión»<sup>578</sup>. La experiencia, los hechos de todos los días, nos muestran cómo es que en un mundo desencantado, lo que atrae la confianza de los ciudadanos no es tanto la oportunidad y el desacierto del programa electoral que presenta un partido político cuanto la personalidad misma de su líder, lo que este es más que lo que hace<sup>579</sup>.

Este «interés público», como una nueva demanda de la democracia actual, es el que recoge el Tribunal Constitucional cuando limita la intimidad de los agentes para que quede expuesta cierta parcela de su vida privada, y es también del que se hace cargo fundamentalmente el Código de Buen Gobierno y, posteriormente, la Ley 5/2006. Y, como anticipamos, a la luz de esta legislación es que ahora podemos sostener que al orden jurídico no sólo le interesa la imagen de los miembros del gobierno y altos cargos, sino que les exige que esta imagen tenga unos rasgos especiales<sup>580</sup>. Estos personajes públicos de elite no sólo no pueden decidir cómo «autopresentarse» ante los demás [los gobernados tienen derecho a conocer aspectos de su vida más allá de su voluntad en contrario cuando así se justifique], sino que en esa forma de mostrarse hay unos «valores de referencia» que deben seguir. Existen especiales normas que les indican cómo es que deben hacerlo, y que les exigen que sus acciones sean conducentes para provocar una percepción prestigiada de su persona en tanto administradores del poder público.

En el siguiente apartado trataremos qué particularidades se espera que tenga la imagen del alto cargo desde el orden jurídico vigente. Para su desarrollo identificamos

---

<sup>578</sup> La teoría de Thompson parece tributar a la teoría de Habermas en cuanto a la colonización del espacio público por las cuestiones personales y privadas y el triunfo de los valores asociados con el entretenimiento sobre la preocupación por la argumentación y el debate racionales.

<sup>579</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 267

<sup>580</sup> Véase al respecto en la página 320.

todas estas exigencias bajo un único «deber institucional»: el deber de ofrecer una imagen de servidor [público] ético.

### **3.2. El deber institucional del «alto cargo» como servidor ético**

La afirmación que conlleva el título deja al descubierto la postura asumida en este trabajo: consideramos que **los miembros del Gobierno y altos cargos legítimamente están expuestos a un test moral que puede formularle la ciudadanía o el propio Estado**. Esta circunstancia deriva, de forma inmediata, de su especial estatus jurídico y, de manera mediata, de su anterior voluntad espontánea de asumir un puesto público de naturaleza representativa. Metodológicamente quizás hubiera sido más adecuado ir paso a paso, exponer las premisas y reservar esta aseveración para el final. Si así no se hizo, si se decidió por confesarla por anticipado, fue para paliar cualquier lectura escéptica. Mas valía encarar el tema con la advertencia de que **la referida sujeción a un juicio ético encierra una verdadera funcionalidad democrática**. En un escenario *hipermoderno* o de *modernidad avanzada* defender la exigencia dirigida a gobernantes de poseer cualidades morales como integridad u honorabilidad [y con ello, la posibilidad de formular un juicio crítico de naturaleza moral sobre algunos de los aspectos íntimos o privados de sus personas] suena, cuanto menos, inconveniente. La historia reciente pareciera que nos desautoriza a hacer pronunciamientos morales<sup>581</sup>. No obstante, con todos los límites y matices que reclama, hay

---

<sup>581</sup> Como explican Salvador Gines y Victoria Camps, la historia contemporánea no se lleva bien con los postulados morales. Lo demuestra un lugar común discursivo relativo a que la afirmación de que las sociedades recientes carecen de moral, o por lo menos de una moral predominante. ¿Nos desautoriza la historia reciente a hacer pronunciamientos morales? Si a ella nos atuviéramos, tal vez valdría más callar. Pero la invocación a los horrores de una historia que se proclama progresista no justifica en modo alguno nuestro silencio en asuntos de ética (...). Practicar el silencio ético con el [alibí] de nuestro estupor ante tamaños desaguizados sería dejar la plaza libre a los demagogos y clérigos de varia y oscura obediencia que ya la ocupan. Estos alegres bárbaros, satisfechos de sí mismos, se han hecho ya con la vasta

cabida para semejante enunciado en esta España democrática de aquí y ahora. Llegaremos a justificarlo.

### 3.2.1. El deber de ser ciudadanos éticos

Antes de preguntarnos por cuáles son las razones que hoy nos resultan convincentes como para exigir de los políticos cierta dosis de moralidad, nos parece imprescindible que primero nos formulemos la misma pregunta pero respecto de los ciudadanos. Esto es: ***¿cuáles son las razones que aquí y ahora nos resultan convincentes como para esperar de los ciudadanos cierta dosis de moralidad?***; en otras palabras, ***¿puede reclamarse al «simple súbdito» un obrar ético?*** Al dar respuesta a estas cuestiones guiará nuestros argumentos la Teoría de la ejemplaridad pública recientemente desarrollada por Javier Gomá<sup>582</sup>. Ha sido alentador en nuestro trabajo de investigación encontrar, reflexionar y luego identificarnos con un texto que tan agudamente resuelve el interrogante más básico del tema planteado en este punto: ***¿por qué ser éticos?***; ¿por qué limitar nuestras pulsiones antisociales y asumir el compromiso de actuar de forma ejemplar frente a los demás? Cuando se trata de hablar de estos temas ser contemporáneo se nos vuelve un negocio difícil. Si aceptamos la finitud de nuestras vidas

---

panoplia técnica de comunicación efímera y entrenamiento masivo que mansamente reina. Aunque poco lugar queda en la plaza pública para los demás, nada puede perderse con intentar terciar de algún modo en esta liza. Empezaremos mentando lo que se ha convertido hoy en lugar común. Suele decirse que las sociedades contemporáneas carecen de moral, o por lo menos de una moral predominante, identificable y precisa. Hay buenas razones para sostener esta opinión. Según ella, viviríamos en una época posterior a la virtud, posmoral, en un mundo en que la moral ha sido raptada) sin que se sepa a ciencia cierta cómo ha tenido lugar la operación. A lo sumo habitaríamos un mosaico inestable de moralidades diversas y contradictorias», ante este panorama la postura de los autores es que debemos comenzar por asumir que las sociedades contemporáneas avanzadas poseen una moral identificable, aunque de textura distinta, en muchos sentidos a todo lo procedente» (Giner, Salvador; Camps, Victoria, *El interés común*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Págs. 13-14).

<sup>582</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad Pública*, Santillana Ediciones Generales SL, Madrid, 2009.

[i.e. aceptamos que no existe un fundamento absoluto y trascendente y que no hay lugar en la esfera de lo público, al menos, para una moral religiosa] y si asumimos que la igualdad de todos los hombres como poseedores de la misma dignidad y, consecuentemente, las mismas obligaciones que de ellas se derivan [i.e. si asumimos que las exigencias morales no son sólo para los héroes y genios, ni la ejemplaridad es cosa de aristocráticos<sup>583</sup>], entonces, quedamos en medio de una gran incertidumbre, sin modelos del pasado que sirvan de guía. El ideal ético ya no puede provenir de causas exógenas. Lo ético para todos los ciudadanos no puede ser aquí y ahora lo que manda una Ley sacra, lo que ordena Dios, indica una inviolable tradición o lo que estima una mayoría. **La actual sociedad española necesita motivos inmanentes y razones seculares que la animen a sumarse a la construcción de una sociedad con calidad democrática y ética.** Para ello es indispensable contar con una moralidad básica. La actual sociedad española necesita hacerse de las razones para reformular la vida cívica de ciudadanos y gobernantes y la teoría de la ejemplaridad las presenta con lucidez. Es el momento de cuestionar el discurso *hipermoderno* de aparente corrección política que deja la moral en el ámbito de lo privado<sup>584</sup>. No es que rechacemos que el ciudadano debe ver reducidas al mínimo las interferencias externas. No se niega el antiguo ideal del liberalismo. Lo que se pretende es elevar su práctica, pidiéndole que abra

---

<sup>583</sup> «La ejemplaridad no brota nunca de las experiencias exóticas, inusitadas o personalísimas del yo, sino sólo en el suelo de las compartidas por todos, ya que sólo éstas, y no aquéllas, son susceptibles de generalización. En ello reside también su mayor persuasión, en que la subjetividad es ejemplar allí donde *todos* los demás podrían serlo también y precisamente en lo que *todo el mundo hace* o deja de hacer» (Gomá, Javier, *Ejemplaridad Pública*, Ob. Cit., Pág. 237)

<sup>584</sup> «Fue durante lo que los historiadores denominaron modernidad, cuando, al socaire de los conflictos religiosos, la ética fue relegada al ámbito de la conciencia privada, encomendando la vida pública a la tutela del Derecho. Éste, consciente de su nueva situación y misión, desarrolló un formidable entramado legal, en el que asuntos como el poder político y su gestión, las relaciones sociales o los conflictos colectivos, tendieron a ser solventados independientemente de sus implicaciones morales. Alguien ha dicho que en la sociedad de los burócratas, el jurista se convirtió en el clérigo de la *religión de las leyes*, con el encargo de dirigir las ceremonias rituales donde se pavonean gobernantes, potentados y magnates. A ese entramado, rico en disciplina pero pobre en ética, Weber lo denominó *jaula de hierro* (...) Levantando acta patética del advenimiento del nihilismo, Nietzsche situó al hombre moderno más allá del bien y del mal, entregado prometeicamente a la *voluntad de poder*» (Gómez-Heras, José María G., *A modo de epílogo. Un puesto para la ética en la política – ideas para una regeneración moral de la sociedad española–*, en *La Política desde la Ética, II Problemas morales de las democracias*, Bonete Perales, Enrique (coord.), Proyecto A Ediciones, 1998, Pág. 132-133).

sus puertas a formas superiores<sup>585</sup>. Sucede que tras siglos de identificación de la moralidad con la ampliación del surtido de capacidades subjetivas [i.e todo vale mientras no se perturbe el orden público, o bien «todo está moralmente permitido mientras no lo prohíba la ley y no perjudique a tercero»], se hizo frecuente un penoso deslizamiento argumental: se pasó de aprobar la posibilidad de ejercitar un derecho sin coacción y de ahí a «insensatamente a aprobar también cualquier ejercicio efectivo del derecho en nombre de la autorrealización, de la sinceridad o de la libertad por la libertad»<sup>586</sup>. Para deshacer el malentendido, se impone distinguir entre lo que desde una perspectiva jurídico-social tenemos derecho a hacer, porque somos ciudadanos libres y el Derecho no lo castiga; y la opción moral por lo bueno, por la vida buena, y, en definitiva, por el «interés común». Y así, se puede estar decididamente a favor de la conversión de la libertad individual en Derecho positivo, hallando en ello un claro progreso moral de la humanidad, y afirmar al mismo tiempo y con energía que ese progreso no implica que todas las opciones morales que comprende el ejercicio de ese derecho sean de idéntico valor, neutras. No todo vale éticamente hablando<sup>587</sup>. No son de recibo los discursos en los que se palpa una especie de

---

<sup>585</sup> Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, Ediciones Paidós, 1994, Barcelona. Afirma: «En un mundo chato, en el que los horizontes del significado se vuelven más borrosos, el ideal de libertad autodeterminada llega a ejercer una atracción más poderosa. Parece que pueda conferirse significación mediante *elección*, de mi vida un ejercicio de libertad, aun cuando fracasasen todas las demás fuentes. La libertad autodeterminada es en parte la solución por defecto de la cultura de la autenticidad, y resulta a la vez su pérdida, puesto que intensifica todavía más el antropocentrismo. Con ello se establece un círculo vicioso que nos encamina a un punto en el que el valor principal que nos queda es la propia elección. Pero esto, como ya vimos anteriormente, pervierte el ideal de la autenticidad aneja del reconocimiento de la diferencia (Cfr. Pág. 101-102). Véase también el punto VII- «La Lotta continua» pág. 103-110.

<sup>586</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 143.

<sup>587</sup> «Hay una distinción tradicional entre dos géneros de libertad –la negativa y la positiva– que tiene su interés. La primera nos permite *estar libres de*, mientras que la segunda nos hace *ser libres para*. La libertad negativa consiste en la ausencia de subyugación o servidumbre, aunque también significa la existencia de una esfera de acción en la que nos movemos sin interferencia. La positiva entraña algo superior. Pues además de ir ligada al acto de creación también posee una dimensión moral. No sólo se hace lo que se quiere, sino que se quiere lo que se debe. Los innegables méritos del distingo estriba en que nos evita confundir la libertad como falta de trabas –las del poder arbitrario de un tirano, las de la falta de alimentos– y la libertad como proceso creativo y a la vez enriquecedor de la vida propia y del próximo». «La dimensión moral de la libertad surge en esta definición de la necesidad de que no deba ser entendida como una acción social que entraña

alergia a la virtud y, por ende, a la moral. La libertad es el presupuesto de la ética, pero no es la ética misma. Básicamente, la ética es una materia de opción y responsabilidad personal que consiste en un elegir y hacer, pero en un elegir y hacer aquello que es correcto en el momento oportuno. La libertad no es la ética misma porque supone siempre elegir sólo lo bueno para «vivir juntos».

En pos de justificar el deber de ser ciudadanos éticos, y como no podría ser de otra manera, partimos del reconocimiento de que todos los hombres somos libres. Pero si queremos un «vivir juntos» en una sociedad con calidad democrática deberíamos asumir que no todo es válido, que no todo vale, aunque así no lo tipifique una ley. Si elegimos «civilización» antes que «barbarie» deberíamos hacer un uso cívico de nuestra libertad ya que, por estar inmersos en una red de influencias, cada una de nuestras acciones es ejemplo para los otros.

Todos los hombres, gobernantes y simples súbditos, compartimos una indistinción subjetiva, como aquello que nos iguala y nos asemeja como entidades morales y mortales: por debajo de todos los accidentes y de las diferencias personales se remansan aguas subterráneas de una experiencia común<sup>588</sup>. Todos compartimos con los demás, por el sólo hecho de ser hombres, una experiencia humana integrada por dos estadios: el estadio estético y el estadio ético. En cuanto al primer estadio, el estético, compartimos el vivir y

---

aumento de subordinaciones, usurpación de derechos y recursos, ni manipulación de bienes emocionales, económicos o cognoscitivos en detrimento de los demás. Que esto no pueda ocurrir siempre con absoluta plenitud, plantea problemas muy menores desde mi perspectiva. Precisamente, mi descripción de la libertad como bien precario y sobre todo como esfuerzo, como tensión entre la intención humana y la estructura social, es decir, como tendencia hacia la realización, entraña una incompletud en sí misma. La libertad total, hipostasiada, no existe ni siquiera en el paraíso, celestial o terrenal, aunque nos informan los expertos de que por lo menos hay en él bienaventuranza. (Giner, Salvador, *Las condiciones de la Libertad*, en Ensayos Civiles, Ediciones Península, Barcelona, 1987, Págs. 276-277 y 282-283).

<sup>588</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 234-235.

envejecer de la mortalidad [i.e. cada hombre nace, trabaja, funda una casa y muere, no hay en esto un fundamento que lo trascienda, su vida es finita, es un ser mortal]. De este estadio emana la experiencia de la vida que conduce al segundo estadio, el ético, donde el hombre aprende a ponerse libre y responsablemente al servicio de una ejemplaridad social y trae con ella la expectativa del nacimiento de unas «buenas costumbres» en la polis de que se trate. Las costumbres que provoca, en primer lugar, han de ser «buenas», lo que implica una fuerza (virtus) innovadora, reformadora del yo, que mueva a éste hacia el uso cívico de su libertad sin coerción ni temor, sólo por la acción de una *vis atractiva* que le sea inmanente. Todo yo se halla arrojado a una red de influencias mutuas. Todo yo es interpelado por el imperativo moral que nace de la responsabilidad de su ejemplo personal sobre los otros y que le ordena ser ejemplar<sup>589</sup>. Así –nos explica Gomá– germinarán buenas costumbres locales en múltiples pequeños focos como ondas concéntricas producidas por una lluvia de piedras sobre las aguas remansadas de un estanque; y la intersección y el solapamiento de estas ondas ensancharán el círculo de las imitaciones colectivas hasta alcanzar la extensión de costumbres generales o constitucionales de la comunidad entera. Entonces se generalizará una *paideia*<sup>590</sup> democrática y la oferta a la ciudadanía de valores socio-individualizadores convincentes.

Más que leyes se necesitan ciudadanos con «buenas costumbres». El estatalismo burocrático aprueba una nueva ley y, cuando comprueba que no ha reformado los estilos de vida de las personas y el problema moral de fondo persiste como antes o agravado, reacciona aprobando una docena más. Supera su impotencia concentrando más poder. De

---

<sup>589</sup> Gomá, Javier, *Ibidem*, Pág. 243.

<sup>590</sup> Se define como *paideia* lo equivalente a una suma de conceptos tales como civilización, cultura, tradición y educación. Todas las costumbres, valores, nociones, sentimientos, expectativas y símbolos que conforman la cultura de un pueblo se condensan en la educación que una generación recibe de los mayores, luego conserva y enriquece, y finalmente transmite a la siguiente generación de hijos (Gomá, Javier, *Ibidem*, Pág. 103).



nada vale reformar la ley si no la sostiene la «buena costumbre», y ésta a su vez pende de la reforma de vida de ciudadanos comunes, mortales y ejemplares, y de la renovación que éstos infunden en sus círculos de influencia. **Todos somos ejemplos para todos, todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, porque el yo vive en una red de influencias mutuas a la que es imposible hurtarse.** Así, cabe predicar que todo hombre, sabiéndose en una red de influencias mutuas, ha de sentir la responsabilidad de su propio ejemplo. «Vivimos, nos movemos y existimos entre ejemplos: de facto, nos guste o no, nos parezca bien o mal, somos ejemplos para los demás y los demás son también un ejemplo constante para nosotros. Estamos irremediabilmente envueltos en una red de influencias mutuas, arrojados a un horizonte de ejemplos personales, los cuales están allí siempre antes como un destino prescrito para el hombre, como una prioridad moral<sup>591</sup>».

**El mal ejemplo me absuelve, el bueno me condena.** Si ante mí tiene lugar una acción reprochable, ese ejemplo tiene en mí un efecto sedante, me tranquiliza, porque yo podría, si lo deseara, hacer eso mismo que los demás censuran y, sin embargo, está visto que no lo hago, quién sabe si por virtud. En cambio, la acción ejemplar<sup>592</sup> de la que soy testigo, me interpela, conmueve mi corazón, sacude mi mala conciencia, porque todo en ese ejemplo – la necesidad moral aliada con su demostrada posibilidad práctica– me convida a imitarlo y, si no lo hago, me pone en la obligación de responder ante mí y antes los demás de las razones de mi conducta, súbitamente bajo sospecha. La influencia del ejemplo me fuerza,

---

<sup>591</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, *Ibidem*; Pág. 216.

<sup>592</sup> Ser un «ejemplo» y ser «ejemplar» no es lo mismo. Como explica Gomá sucede que el espacio público de la polis contemporánea suele estar ocupado por figuras populares que son ejemplos sin ejemplaridad, celebridades que han logrado la notoriedad pública que buscaban y que, asiduos en los medios de comunicación de masas, alimentan con la banalidad de sus vidas y opiniones la llama de la curiosidad humana y del entretenimiento social pero en lo que no centellea la ley que abre el ejemplo hacia su profundidad y su simbolismo (...) la distinción que importa introducir es la que diferencia entre ejemplo y ejemplaridad, pues cuando el ejemplo está privado de valor de ejemplaridad, se torna antiejempleo o contraejemplo; y una ejemplaridad sin ejemplo se disuelve en discurso y ruido de palabras (*Ibidem*, Págs. 192-193).

por tanto, a responder de mi vida y me coloca en una posición de responsabilidad con relación a mi vulgaridad<sup>593</sup> presente, apremiándome a reformarla. Porque si uno como yo, en circunstancias en todo parecidas a las mías, es honesto, justo, ecuánime y leal, ¿por qué no lo soy yo?; si otro es solidario, humanitario, compasivo hacia sus semejantes, ¿qué me impide a mí serlo también?; cuando observo a un tercero comportarse con urbanidad y civismo, ¿dónde queda mi barbarie? En la mayoría de los casos, el ejemplo se exhibe en la publicidad de la casa, el oficio, la plaza, por ese mismo carácter, aun sin quererlo, abre un juicio público contra el yo sorprendido en su mediocridad, al que sólo le queda explicarse o reformarse. Surge así la responsabilidad del ejemplo. La constatación del poder del ejemplo en la vida de los demás me impone el deber de responder personalmente de mi vida y suscita en lo íntimo de mi conciencia un imperativo categórico que dice: «Sé ejemplar», conviértete en un ejemplo fecundo para los demás, ejerce en ellos una influencia emancipadora y civilizadora, invítales con tu vida a reformar la dirección de la suya<sup>594</sup>.

Con todo ello, no podemos dejar de reconocer que la presentada **«responsabilidad personal del ejemplo»**, esto de **conceder relevancia moral al ejemplo y deducir responsabilidades de su influencia**, muy probablemente provocará reservas en una mentalidad acostumbrada a la formulación abstracta –y por tanto impersonal– de la ética. Y queremos dejar sentado que no obstante asumir el riesgo de posibles refutaciones y los peligros de una mala interpretación, adherimos con convicción a la postulación de esta teoría.

---

<sup>593</sup> En el marco de la «Teoría Cultural de la Ejemplaridad» se llama «vulgaridad» a la categoría que otorga valor cultural a la libre manifestación de la espontaneidad estética-instintiva del yo (Pág. 12). Po tanto lo que se propone es, partiendo de la aceptación de esa vulgaridad de origen, es decir de una libertad absoluta, una reforma: «la vulgaridad reformada es la ejemplaridad, en su modalidad igualitaria» (Pág. 239), se apunta a edificar una sociedad democrática conformada por personas no desinhibidas de su deber de ser ejemplares.

<sup>594</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 222.

### 3.2.2. El deber del gobernante de ser ético

Para empezar, **a los responsables políticos no tiene por qué pedírsele menos que a cualquier ciudadano.** Y, desde la perspectiva que venimos planteando, a todos los ciudadanos se les reclama una responsabilidad por las consecuencias morales en la vida de los otros dimanadas del propio ejemplo. Si este deber categórico y universal le cabe a los «simples súbditos», asimismo obliga a los gobernantes, tan seres mortales y morales como aquellos. Pesa también sobre los gobernantes y demás altos cargos el deber de ejemplaridad, sólo que en comparación con el de los ciudadanos, ese deber exhibe diferencias notables que en este trabajo proponemos pensar en términos de calidad y cantidad. En primer lugar, **cualitativamente**, frente al cumplimiento de aquellos deberes que comparten con los ciudadanos, como es el cumplimiento de la ley, su comportamiento habrá de ser de un respeto demostrable. Luego, **cuantitativamente**, los gobernantes y altos cargos soportan cargas que no pesan sobre la colectividad [como son las limitaciones especiales en sus derechos fundamentales, los particulares deberes éticos, etc.] y, asimismo, están llamados a asumir abiertamente una responsabilidad política sujeta a otros criterios de juzgamiento. Con todas estas particularidades, la responsabilidad por el propio ejemplo de los gobernantes se da en grado eminente, como veremos.

Se dice que cierta idea de «virtud», como comportamiento exigible a los gobernantes, sigue existiendo en nuestros modernos sistemas democráticos, al menos en un sentido muy amplio, ya que parece una evidencia que «la competencia electoral se centra, en parte, en las virtudes que adornan a quienes aspiran a gobernar»<sup>595</sup>. Sin embargo,

---

<sup>595</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Ibidem*, Pág. 88; Thompson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, Pág. 88 y ss.; Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Ob. Cit., Págs. 277-278, quien además afirma: «Las personas parecen votar de modo distinto de una elección a otra dependiendo de la persona particular que compita con su voto. Los votantes tienden cada vez más a votar a la persona en vez del partido o programa (...) Los analistas llevan tiempo observando que en los países democráticos hay una tendencia a la

el enunciado merece un importante matiz. Tal y como venimos sosteniendo desde la perspectiva de la teoría de la ejemplaridad pública, la virtud es –en rigor– exigible a todos: todo hombre en cuanto tal está llamado a ser virtuoso, en el sentido de ejemplar, con total independencia de que decida participar o no en el autogobierno de la polis. Ocurre que **el gobernante, más que cualquier otro ciudadano, está colocado en una especial posición moral. Lo exigible a ellos no es la «simple virtud cívica» sino algo más.** Si entre todo el conjunto de ciudadanos hay a algunos a quienes se les puede reclamar un plus de calidad humana es, sin lugar a dudas, a los responsables públicos. De ellos, comprensiblemente, puede esperarse que posean virtudes que denoten excelencia, tales como la laboriosidad, la magnanimidad o la modestia<sup>596</sup>. Y si tienen un deber de ejemplaridad especial se debe, en gran medida, a que el impacto moral que generan sus conductas es mayor<sup>597</sup>. En efecto, desde la tesis de Gomá se explica que los gobernantes, como administradores de lo público, resultan investidos de un poder coactivo sobre sus conciudadanos y su ejemplo despliega un superior impacto moral en su círculo de influencia, el cual, por razón de su oficio, se amplía extraordinariamente en comparación con el resto de las personas públicas. **Un mayor poder y una mayor influencia**

---

personalización del poder» (Pág. 268). Sí tenemos que destacar que, finalmente, para Manin «los candidatos exitosos no son los notables locales, sino lo que calificaríamos como personajes mediáticos, personas que tienen un mejor dominio de las técnicas de la comunicación mediática que otras» (Pág. 269).

<sup>596</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva*, en Códigos Éticos: una apuesta concreta de gobernanza en positivo, coord. Jaime Rodríguez-Arana, Pablo García Mexía, 2009, Oleiros, La Coruña, 2009, Págs. 45-46. Para el autor, **el nivel de ejemplaridad y de altura ética que se exige al funcionario hace necesario que permanentemente las Escuelas de Administración Pública presten atención en sus programas docentes a estos temas.** Esto nos remite directamente a la idea de Mill, a la que hicimos referencia, sobre la «escuela de espíritu público» por la que el ciudadano es llamado a pensar intereses que no son los suyos propios; a pensar fuera de sus inclinaciones personales; a sentir que es parte de «lo público» y, en definitiva, a asumir el interés público como el suyo propio. Véase en la página 273.

<sup>597</sup> En efecto, como destaca López Calera, la gravedad de la corrupción política nace de la importancia de la «ejemplificación» que tienen los comportamientos políticos: sus corrupciones tienen unas repercusiones que son superiores a las que pueden tener los actos de otros ciudadanos que también pueden ser corruptos (Cfr. López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, en «La Corrupción política», Laporta-Alvarez (eds.), Alianza, Madrid, 1997, Pág. 131).

determinan una especial responsabilidad concurrente en ellos<sup>598</sup>, se trata –como adelantamos– de una responsabilidad en grado eminente. Si la responsabilidad del ejemplo es universal, en tanto todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, y todos asumimos la responsabilidad de la «ejemplaridad», este «igualitarismo de la ejemplaridad» es compatible con la responsabilidad reduplicada de determinados ejemplos morales, atendiendo a la singular posición que ocupan en la sociedad. Pero, no es sólo que los gobernantes, políticos y administradores de lo público propongan ejemplos de civilidad por una variedad de procedimientos. Ellos, sus mismas personas y vidas, son, de hecho, lo quieran o no, ejemplos de una extraordinaria influencia social. La facticidad general de los ejemplos adquiere en los políticos un especial relieve. Como gestores del poder político ejercen un dominio muy amplio sobre nuestras libertades, derechos y patrimonio. Y al ser importantes para nuestras vidas, atraen sobre ellos la atención expectante de los gobernados y se hacen notoriedades públicas. **El alcance de sus actos no se restringe al ámbito limitado y parcial de sus relaciones personales sino que irradian un efecto general.** El desarrollo de los medios de comunicación de masas, que alimenta la demanda de una curiosidad vulgar hacia la intimidad de las celebridades, favorece la divulgación de sus estilos de vida y, en consecuencia, el impacto de su ejemplo aumenta exponencialmente. La manera en que ellos viven, actúan, se organizan, hablan, razonan o expresan preferencias, conforman paradigmas morales que pueblan la conciencia de los ciudadanos, dictando el recto comportamiento. Estos hombres poderosos dan el tono a la sociedad, crean pautas y expectativas de comportamiento, definen en la práctica el dominio de lo permitido y no

---

<sup>598</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 260. Cuando se habla de «responsabilidad» dentro de esta teoría, hay que insistir que la responsabilidad moral de los gobernantes no es de una naturaleza nueva sino la misma que incumbe a todo yo al cuidado de su ejemplo, aunque se trata de una responsabilidad en grado eminente.

permitido y, suscitando hábitos colectivos, son fuentes de moralidad social»<sup>599</sup>. Una cosa es lo que los políticos hacen (coacción) y otra lo que ellos son (ejemplos). Consecuentemente, gobiernan también de dos maneras: produciendo leyes y produciendo costumbres. Y, en cierto sentido, la segunda forma de gobernación es más profunda y duradera que la primera, porque las leyes coactivas sólo ejercen compulsión sobre la libertad externa de los ciudadanos, en tanto que las costumbres entran en su corazón y lo reforman.

**Los gobernantes tienen el deber de devolver una imagen virtuosa o ética por excelencia.** La importancia de su ejemplo ante la mirada de la comunidad es indiscutible: «cuando los ciudadanos ven que sus políticos, aún dentro de la más estricta legalidad, hacen cosas que les parecen poco correctas se corre el riesgo de que la ciudadanía se des-moralice, esto es, que pierda la moral, la buena voluntad de colaborar al bienestar común, así como que no crea en los políticos, ni en lo que mandan los políticos, lo cual puede llevar incluso a un incumplimiento de las normas jurídicas, o al menos a hacer más difícil su cumplimiento»<sup>600</sup>. Por otra parte, si como titulares de un cargo al que accedieron legitimados por la confianza ciudadana, han de poseer especiales cualidades humanas, estas cualidades habrán de exhibirlas ante los ciudadanos. **Deberán ser virtuosos, pero su virtud ha de ser por ellos mismos acreditada o demostrada.** Es de esperar, entonces, que si su comportamiento ético es puesto en entredicho en el ámbito institucional o en el amplísimo ámbito en que opera la «responsabilidad política difusa»<sup>601</sup>, los gobernantes y altos cargos, se ocupen prestamente de dar cuentas de su fidelidad a todas aquellas reglas

---

<sup>599</sup> Gomá, Javier; *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 261-262.

<sup>600</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, en «La Corrupción política», Laporta-Alvarez (eds.), Ob. Cit., Pág. 132.

<sup>601</sup> Véase en la página 133, donde se afirma que la responsabilidad política difusa puede identificarse con la genérica libertad de crítica.

que el cargo asumido les impone. No debieran permanecer pasivos, ni ser reticentes, ni escudarse en la indebida alegación de su derecho a la intimidad, pues de así hacerlo estarían dejando espacio a que las sospechas sobre su honestidad se extiendan y, consecuentemente, dañando esa imagen que como servidores públicos deben ofrecer<sup>602</sup>.

### **3.2.3. Moral pública y moral privada**

Explicamos hasta aquí la necesidad e importancia de reafirmar la eticidad de ciudadanos y de gobernantes. Toca ahora precisar cuáles son aquellas pautas éticas que unos y otros deberían respetar en su vivir en comunidad.

Se espera, en pos de conformar una comunidad democrática en la que sea posible «vivir juntos», que gobernantes y ciudadanos actúen éticamente: la responsabilidad por las consecuencias morales en la vida de los otros dimanadas por el propio ejemplo –se reitera– es universal. No obstante, **dado que los miembros del Gobierno y altos cargos actúan como representantes de los ciudadanos para la gestión de intereses colectivos o públicos, su moral o ética no se identificará en términos absolutos con la moral de los sujetos privados: de su posición cualificada en tanto representantes de la comunidad surge el llamado a asumir pautas de conducta también cualificadas.** Se viene sosteniendo a lo largo de este segundo capítulo, que de su singular estatus jurídico, el indicativo, se deriva un imperativo que consiste en el deber institucional de ofrecer una imagen como servidores públicos y éticos<sup>603</sup>. De su estatus especial dimana una ética que, más que especial, lo adecuado sería caracterizarla como «aplicada». Se trata de una ética con

---

<sup>602</sup> En cuanto a la exigencia de «ofrecer una imagen como servidores públicos» a la luz de los imperativos de la Ley 5/2006 de «Conflicto de intereses» y el «Código de Buen Gobierno», véase en la página 316.

<sup>603</sup> Véase en la página 271.

cierta especificidad, comparada con la ética de todos los integrantes de la comunidad, en tanto lo político de las funciones condiciona y transforma sus principios más generales o comunes<sup>604</sup>. Surge así una ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito público, de la gestión de lo público, que se ha llamado «**ética pública**».

La «ética pública» reclama de los servidores públicos actuar con la plena conciencia de que sus actos concretos han de orientarse hacia el interés de la ciudadanía<sup>605</sup>. En términos weberianos, se trataría de una «ética de la responsabilidad»<sup>606</sup> y tal como la

---

<sup>604</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, Ob. Cit., Pág. 123. Martínez Bargueño enuncia algunos valores específicos de esta «ética pública», especialmente teniendo en cuenta el objetivo de evitar situaciones de conflicto de intereses. Sostiene en este sentido como principios esenciales que guían a los empleados públicos son: servir al interés general; favorecer la transparencia y la vigilancia; animar la responsabilidad individual y dar el ejemplo personal y suscitar una cultura de la organización que no admita los conflictos de intereses (Martínez Bargueño, Manuel, *La gestión de los conflictos de intereses en el Servicio Público*, Ministerio de Administraciones Públicas, 2004, Pág. 24).

<sup>605</sup> Victoria Camps propuso seis directrices éticas para elaborar un código ético para la función pública en España. Estas directrices son: i) el servicio al interés general; ii) la imparcialidad y la transparencia; iii) el uso adecuado de los bienes públicos; iv) la responsabilidad profesional; v) la lealtad a la administración; y vi) la humanización de la administración (*Intervención durante las Jornadas sobre Ética Pública*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 15 de abril de 1997).

<sup>606</sup> Weber, Max, *La política como vocación*, en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1984, Pág. 93. Como lo sintetiza Bobbio «Se pueden juzgar las acciones según los principios, es decir, según algo que está antes de la acción, o según las consecuencias, es decir, según algo que está después de la acción. Esta distinción corresponde, aunque sea un poco simplificada, a la famosa distinción weberiana entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. Es un hecho que, aplicando uno u otro de estos dos criterios, podemos llegar a juzgar de manera completamente distinta, opuesta, sobre cualesquiera acciones. Tomemos un tema de gran utilidad, la pena de muerte. Si la juzgo en base al principio no matarás, no puedo sino condenarla. Por el contrario, si la juzgo en base a las consecuencias, y por ejemplo considero que la pena de sea más intimidatoria que la cadena perpetua, no puedo aprobar su abolición. Una acción moralmente buena es una acción que ha sido realizada en el respeto de ciertos principios universales, o considerados tales, por parte de quien la realiza. Una acción políticamente buena es una acción que ha tenido éxito, que ha alcanzado la finalidad que los agentes se proponían» (Bobbio, Norberto, *Ética y política (esbozo histórico)* en «La política desde la ética, I. Historia de un dilema», Bonete Perales, Enrique (coord.), Proyecto A ediciones, Barcelona, 1998, Págs. 153-154) Este postura de «dualismo real» asumida por Bobbio lo lleva a afirmar: «la historia de la vida moral y la historia de la vida de los Estados son dos historias paralelas que hasta ahora raramente se han encontrado. Mirando alrededor no tengo la impresión de que estén destinadas a encontrarse en un futuro próximo. El héroe de la vida moral es el santo que va al encuentro del martirio por salvar el principio del bien, el héroe político es el hombre de la historia universal de Hegel, el jefe carismático o solamente el gobernante responsable, que salva o cree salvar al pueblo, incluso a un precio de inaudita crueldad. Israel enseña...No sólo la historia de los justos y la de los poderosos son las historias paralelas que no se encuentran, sino que hasta ahora la historia que ha celebrado y continúa celebrando sus propios triunfos no es la primera, sino la segunda» (Ibidem, Pág. 154). También nos resulta interesante la interpretación que de estas dos éticas formula José María González García para quien queda perfectamente claro que la ética política defendida por Weber busca una síntesis de responsabilidad y convicciones. Sólo cuando ambas se **dan juntas se puede tener «vocación por la política» y se puede estar capacitado para poner la mano en la rueda de la historia**. Afirmo «Desde los planteamientos weberianos, es importante evitar tanto la Escala de una política irresponsable a que puede conducir una fijación unilateral en las intenciones, como la Caribdis de una



describe Villoria Mendieta «puede entenderse como un hacer colectivo, un proceso en el que la colectividad y los individuos van generando aquellas pautas de conducta y aquel carácter que permiten un mejor desarrollo de la convivencia y una mayor expansión de la autonomía y libertad del ser humano»<sup>607</sup>. Y en tanto la «ética pública» señala principios y valores deseables de ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña un cargo o función pública y por esto también podemos calificarla como una «ética institucional», en consonancia con el «deber institucional» que le da origen<sup>608</sup>. En otras palabras, se trata de una «moral adquirida» para gobernantes y altos cargos<sup>609</sup>, derivada de los «deberes institucionales» con los espontáneamente se comprometieron al decidir desempeñar un papel dentro de un sistema normativo que se los impone. Debido a que nos enfrentamos a un singular estatus voluntariamente asumido es que se habla de una **«ejemplaridad pública electiva»**<sup>610</sup> como el específico imperativo de «ser ejemplar» que rige en la esfera de gestión del poder público.

Con razón se dice que la distinción en todo caso de una ética pública y privada está en la dimensión en que actúan, no así en la negación de principios éticos. Lo que se produce son dos proyecciones distintas de una misma realidad; dos dimensiones diferentes

---

política de mera responsabilidad que suele degenerar en oportunismo o en la búsqueda del poder por el poder. Sólo la unión de convicciones fuertemente arraigadas y responsabilidad por las consecuencias (queridas y no queridas, laterales y directas) de la acción pueden servir para formar la auténtico político» (González García, José María, *Weber: responsabilidad y convicción*, en «La política desde la ética, I. Historia de un dilema», Ob. Cit., Págs. 144-145).

<sup>607</sup> Villoria Mendieta, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos-Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 2000, Pág. 19.

<sup>608</sup> Véase en la página 320 en cuanto se desarrolla la categoría de «deberes institucionales» tomada de John Rawls (*Teoría de la Justicia*, Ob. Cit., Pág. 113-115).

<sup>609</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, Ob. Cit., Pág. 123; Garzón Valdés, Ernesto, *Acerca del concepto de corrupción*, Ob. Cit., Pág. 43.

<sup>610</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad Pública*, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2009, Págs. 260 y 266.

de un mismo fenómeno, como es el comportamiento ético; dos expresiones íntimamente vinculadas a un mismo acontecimiento: el desarrollo vital<sup>611</sup>. La ética es una disciplina del conocimiento que se aplica al ser humano, independientemente del ámbito en que éste se desenvuelva. No se trata, entonces, de que existan varias éticas si no que son diferentes los espacios donde se aplican. De tal suerte, es posible decir que hay una ética empresarial, una ética pública o una ética privada. Cada una de estas éticas se refiere a los valores que se practican en cada grupo o comunidad determinada. Al decir de Victoria Camps «sin lugar a dudas hay que dejar claro que la ética es una. Unos son los derechos que establecen, por ejemplo, la dignidad absoluta de la persona humana o la exigencia de la universalidad como criterio absoluto de la moralidad de las acciones»<sup>612</sup>.

La ética de los gobernantes, como ética aplicada, no puede identificarse en términos absolutos con la ética de los sujetos privados. No obstante, **la ética privada es un presupuesto para la ética de estas personas públicas**. En cuanto a los alcances de una y otra, básicamente, encontramos dos posturas antagónicas. Una que sostiene que el cargo o funcionario público ha de actuar con probidad tanto en su condición pública como en su vida privada. La tesis contraria se limita a exigir la integridad de los agentes públicos en el ejercicio de sus competencias, y en lo que particularmente hace a los cargos políticos, no extendiendo su «responsabilidad ético privada» más allá de cuanto ellos mismos deseen comprometer<sup>613</sup>. Nos acercamos aquí a la primera formulación pues reconocemos que **la**

---

<sup>611</sup> Feria Romero, María, *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1999, Págs. 74-75

<sup>612</sup> Camps, Victoria, *La política como moral*, Isegoria, Revista de filosofía moral y política, Núm. 15, Madrid, 1997, Págs. 181-189.

<sup>613</sup> García Mexía, Pablo, *La ética en la Administración Pública*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 48. Septiembre-Diciembre 1996, Págs. 331-332. Sin perjuicio de esta afirmación [y por ello podría cuestionarse en cierta

rectitud de la «vida privada» da la estructura a la «vida pública», aunque la «ética pública» es, cualitativa y cuantitativamente, mucho más que la ética de la esfera privada. Dos razones fundamentales lo justifican: i) porque, en definitiva, es lo personal lo que genera la confianza de la ciudadanía; y ii) porque son las virtudes personales las que se llevan a la vida pública. Veamos:

No es sino lo personal de un gobernante lo que genera la confianza de la ciudadanía. Toda confianza, tanto la personal, como la social y la política, no proviene sino de las personas que, mediante sus acciones, se hacen acreedoras de ella. Si se tiene confianza en una organización ha de ser porque se tiene confianza en las personas que la integran. Como tuvimos ocasión de exponer, es reconocido generalmente que los cargos políticos son elegidos por su «imagen», tanto su imagen personal como la de la organización o partido al que pertenecen. Pero más bien, son los hechos de todos los días – insistimos– los que nos muestran cómo es que lo que atrae más la confianza de los ciudadanos no es tanto el contenido del programa electoral como la personalidad misma del líder. Así, debido a la importancia que se adjudica a las cualidades personales de los gobernantes, a su imagen y cómo ésta determina se le conceda o no aquella confianza que lo legitima en su cargo, parece lógico sostener que en el caso de los gobernantes no es posible discriminar totalmente, en lo que respecta a la ética, una esfera pública y otra privada. En este sentido, sostiene Gomá que cada día se nos hace más evidente que la ciceroniana **«uniformidad de vida»**, incluyendo –aunque repugne a nuestra sensibilidad moderna– **la rectitud en la llamada «vida privada», funciona como un principio**

---

medida la coherencia entre una y otra opinión expresada] el mismo autor entiende que «los poderes públicos tienen su correlato en los vicios de la sociedad, de igual modo que el gobernante corrupto lo tiene en el ciudadano, no menos corrupto, que desprecia sus deberes para con el interés general (defraudando impuestos, simulando desempleo, eludiendo prestaciones personales sin justificación, y de otros tantos modos)» (García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 49).

**práctico y estructurador de la esfera pública porque, de hecho, es determinante en la generación de confianza ciudadana hacia los políticos.** Demagogias aparte, que no faltan, normalmente el político cuidará de mostrarse con el debido *decorum* ante el electorado. Y para convencernos de que es honesto, los votantes no nos fijamos sólo en si es buen gestor, buen parlamentario, buen orador o buen comunicador, sino que, más allá de lo ceñidamente político, tomaremos en consideración qué clase de persona es – responsable, emancipada, fiable– y si se aproxima más o menos a la imagen de ejemplaridad que tenemos en mente, la del buen padre de familia, buen vecino o buen ciudadano. El ejemplo al que recurre Gomá es esclarecedor: «cuando queremos emplear a alguien para una empresa o para el cuidado de un hijo en casa, todos los datos sobre su honestidad son importantes, y la mayoría de las veces no nos conformamos con una información formal o esquemática de su currículum profesional. ¡Cuánto más con un gobernante, dotado de poderes exorbitantes sobre nuestra libertad y nuestros derechos! El político se esforzará por crearse una imagen atractiva, pero a la postre lo que cuenta en él es que predique con el ejemplo, puesto que, en el ámbito moral, sólo el ejemplo «predica» de modo convincente, no las promesas ni los discursos, los cuales, sin el ejemplo, carecen de convicción y aun de un mínimo de verdad»<sup>614</sup>. Su teoría es en esto tributaria de la originaria noción de trust desarrollada por Locke y Burke<sup>615</sup>. Como explica Bustos Gisbert «esta idea de la confianza política supondrá que el representante está obligado en conciencia a operar al servicio de la pública opinión. El representante deberá ser titular de una cierta virtud acreditada. Ello es una consecuencia lógica del amplio margen de libertad la gestión de los intereses comunes. Si la sociedad le está confiriendo un amplio margen de

---

<sup>614</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Págs. 264-265.

<sup>615</sup> En el mismo sentido, véase García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Págs. 89-90.

actuación ha de estar razonablemente segura de que actuará de forma leal buscando el beneficio colectivo y no el personal. En el planteamiento de origen esta virtud se vincula a la idea de ejemplaridad en la trayectoria personal y social del representante. Ello probablemente la conecta con la idea maquiavélica de virtud y se explica por la exigencia de unas ciertas cualidades éticas a quienes aspiran a ejercer de *trustees* como garantía de que son dignos de gestionar intereses colectivos. **No se trata ya de una ética procedente de la moral aristocrática o religiosa, sino de un tipo de ética vinculado al ejercicio del poder representativo y con ello a la idea de desinterés por lo propio a favor de lo que es común**<sup>616</sup>. Desde esta formulación, el cumplimiento de los estándares de ética política por los representantes del orden político será fundamental como forma de generar confianza en la Constitución y en el Estado de Derecho<sup>617</sup>.

Por otro lado, reafirmando la idea de que la rectitud de la vida privada da estructura a la vida pública, tenemos que **las virtudes personales son las llevadas a la esfera**

---

<sup>616</sup> El otorgamiento del *trust* a quién, *a priori*, parece digno de confianza no es una operación ingenua por parte del *trustee*. Al contrario, viene compensada por un evidente «principio de desconfianza» hacia quien ejerce el poder en su nombre. Principio que supone que es al representante al que corresponde en cada momento demostrar que es digno de tal confianza de modo que ésta pueda seguir siendo renovada. En el fondo late una concepción negativa de todo ser humano porque incluso el hombre que es considerado digno de confianza por su virtud, por su **ejemplar trayectoria social y personal** a favor del bien común, no puede dejar de ser vigilado y ha de estar siempre en condiciones de poder demostrar que su comportamiento ha sido y sigue siendo virtuoso [en el sentido antedicho de anteponer los intereses colectivos a los intereses personales] pues las tentaciones del ejercicio del poder son muchas y variadas. Ello supone que en esta relación no se aplica el principio de «presunción de inocencia» tan querido al Estado de Derecho. Más bien supone una «radical inversión» de éste pues **el principio vigente respecto a los representantes es la dura aplicación de una «presunción de culpabilidad»**, obviamente no en sentido jurídico, sino en sentido político. Esto es, la traslación de la carga de la prueba de la «buena conducta» hacia el *trustee* que en todo momento deberá estar en condiciones de demostrar que sus actos han respetado los intereses de quién le confirió la confianza. Dura carga que, no conviene olvidarlo, asume voluntariamente en cuanto acepta concurrir a un puesto de naturaleza representativa...**Así en el planteamiento de la Teoría Constitucional las reglas vinculadas al ejercicio del poder por parte de los representantes tienen tres fuentes básicas: la virtud exigida al representante, el principio de desconfianza y la articulación de un sistema de rendición de cuentas**» (Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Teoría y realidad Constitucional núm. 25, 2010, Pág. 86)

<sup>617</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Ibidem*, Pág. 96.

**pública**<sup>618</sup>. Si bien no es posible una coincidencia plena entre una moral de lo privado y una moral de lo público<sup>619</sup>, ello no significa que cuando se actúa como cargo público la moral privada de ese sujeto salga de escena o deba reemplazarla por otra «pública» que la niega. Más allá de las diferencias [Weber ya hablaba de la ética de la convicción y ética de la responsabilidad y como asentamos una no negaba a la otra]<sup>620</sup>, la ética pública toma como condición previa una ética privada aunque luego la supere con su plus de reclamos. Si definimos a la ética como un hábito moral de adecuar el actuar personal a un ideal, carece de esta base de permanencia quien ya en su vida privada no actúa con los valores deseados. Un hábito se define como un modo habitual de obrar o de proceder establecido por la repetición de los mismos actos. Por tanto, un ciudadano se hace virtuoso sólo cuando adquiere hábitos y costumbres virtuosas o que lo predisponen a la virtud. Se dice, por ejemplo, que las personas son honradas en la medida que tienen, como uno de los elementos permanentes de su carácter, el deseo constante y efectivo (sobre todo) de actuar honradamente. Luego, si pensamos que un gobernante puede no ser virtuoso en su ámbito privado pero ser un excelente gobernante en el desempeño de su función pública, se diría que buscamos el ideal de un gobierno virtuoso compuesto por ciudadanos relevados del deber de serlo<sup>621</sup>. **La corrupción política se preconstituye en el mundo de lo privado.** Acentuamos aquí: no son sino las virtudes privadas las llevadas y aplicadas a la vida pública.

---

<sup>618</sup> Por esto se dice que «el rearme moral de cualquier sociedad sienta sus bases en la educación moral de los ciudadanos. Ponerla en marcha requiere promover, ya desde las instituciones, ya a nivel privado, aquel conjunto de valores, no muy numerosos, por cierto, que podrían vertebrar una ética cívica, apta para ser compartida por todos, y compatible con el pluralismo ideológico de las sociedades democráticas» (Gómez-Heras, José María G., *A modo de epílogo. Un puesto para la ética en la política (ideas para una regeneración moral de la sociedad española)*, en *La Política desde la Ética, II Problemas morales de las democracias*, Bonete Perales, Enrique (coord.), Proyecto A Ediciones, 1998, Pág. 131).

<sup>619</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, Ob. Cit. Pág. 123.

<sup>620</sup> González García, José María, *Weber: responsabilidad y convicción*, en «La política desde la ética, I. Historia de un dilema», Ob. Cit., Págs. 144-145. Véase nota N° 606.

<sup>621</sup> En el marco de la «Teoría de la Ejemplaridad Pública» sería este un caso de ejemplo sin ejemplaridad (Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 192).

Quien aspira a desempeñar una función pública de gobierno, quien elige esa vida política, tiene el deber de vencer vicios comunes al resto de los ciudadanos: la codicia, la vanidad, el deseo de poder –etc. Lo que es esperable de él es que haya llegado a cierto saber y distancia de sus propios «fantasmas»; un saber y distancia suficientes como para no poner en acto sus faltas de virtud a la hora de sostener sus acciones. Por estas razones es que se ha afirmado que «toda ética es personal». Resulta capital que el agente público interiorice los principios éticos que deba aplicar en su cotidianidad, que los haga propios, merced a un convencimiento personal e íntimo. Al fin y al cabo, es mucho más probable que el ciudadano que cumple correctamente sus deberes como gobernado haga lo propio como gobernante, a diferencia de aquél cuyo comportamiento como gobernado sea poco edificante»<sup>622</sup>. Feria Romero también ha insistido en esta idea de la correlación entre la moral pública y la moral privada<sup>623</sup>. El hombre –dice– es un ser social y, por tanto, sus actos tienen siempre repercusión en los demás, en sentido positivo o negativo. El buen comportamiento en el plano personal, en la vida individual, se reflejará indefectiblemente en su comportamiento social que desplegará sus efectos positivos sobre la comunidad. Parece una contradicción que justamente cuando más se potencia y se habla de ética pública, la desmoralización social se palpe casi materialmente. La razón no es otra que la que se está denunciando la ética pública, que presumiblemente va a sacar a la sociedad del atolladero de corrupción y deterioro moral en que está inmersa, no se sostiene sin la privada. **No es posible vivir conforme a unos valores en el ámbito de la vida social, actuar de acuerdo con una jerarquía, predicar unos preceptos éticos que rijan la vida pública, si no se potencia su observancia en el ámbito privado, si esos valores**

---

<sup>622</sup> García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008, Pág. 142.

<sup>623</sup> Feria Romero, María, *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Ob. Cit., Págs.76 ss. y 107.

no se viven en la esfera de la vida individual, porque carecen de base y de la nota de **permanencia**, que es lo que permite actuar conforme a ellos en todas las circunstancias, públicas y privadas. Lo que faltan no son leyes o principios éticos de actuación. Lo que falta es, por un lado, el compromiso personal e individual; la decisión propia y la voluntad de observarlos. Y, por otro lado, la falta de conocimiento de tales principios». Por su parte, González Pérez sostiene que las Administraciones públicas no podrán realizar adecuadamente los fines que el Ordenamiento les asigna de espaldas a los valores éticos. Si de la ética en la Administración depende la bondad de la acción administrativa, cualquiera que sea su forma de manifestarse y materia sobre la que recaiga, obviamente en mayor medida será exigible cuando el fin perseguido sea que la moralidad impere en las relaciones sociales. Mal podrá dirigir y ejercer una acción encaminada a la defensa de la moralidad quien carece de moral. Mal podrá exigir una conducta digna quien es ejemplo de lo contrario y hasta alardea de ello<sup>624</sup>. Por otro lado, en palabras de Gomá, un buen gobernante es, anteriormente, un ciudadano dotado de cualidad y capacidad para realizar conductas nobles<sup>625</sup>. **La ejemplaridad, por definición, es una *virtus generalis* que abraza todas las facetas de la existencia de una persona –profesional, social, familiar– así como todas las etapas de su ciclo vital.** «No llamaremos ejemplar a alguien salvo si ha encontrado, en alguna proporción, un estilo de vida –un *ethos*– que en las diferentes partes de su biografía haya triunfado, con mayor o menor intensidad, sobre la

---

<sup>624</sup> González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Ob. Cit., Pág. 59.

<sup>625</sup> También Gomá afirma «exigimos a las personas públicas que ocupan instituciones públicas una conducta ejemplar: nuestros funcionarios civiles y militares deben ser intachables y muy especialmente los jueces y magistrados por ser señores de la jurisdicción; **los políticos deben ser capaces de una ejemplaridad todavía mayor por su mayor poder y mando y parece que de alguna manera aquélla debe comprender amplias parcelas de su vida y no sólo su actividad profesional**; por último la Corona es una institución cuya función se agota en ser ejemplar, sin distinguir entre vida pública y vida privada, pues la más alta responsabilidad pública de sus miembros estriba fundamentalmente en la ejemplaridad de sus biografías privadas. A diferencia de los demás ciudadanos, que pueden hacer todo lo que sea lícito y no esté prohibido por las leyes, estas personas públicas, en mayor o menor medida, deben encarnar un tipo cualificado de hombre que observe y represente aquellos valores que la sociedad estima como básicos para la convivencia» (*Imitación y Experiencia*, Ed. Crítica, Barcelona, 2005, Pág. 547).



vulgaridad de origen. Aquí no valen artificiosas parcelaciones. Por supuesto que sobran los ejemplos de lo contrario: profesionales competentes que fracasan en la especialidad del corazón, honrados padres de familia que no encuentran su lugar en el mundo productivo, etcétera. Ejemplos sin ejemplaridad son los más frecuentes»<sup>626</sup>. También para Lorenzo Martín-Retortillo Baquer «parece lógico que para desempeñar ciertas actividades cualificadas hayan de reclamarse aptitudes que no son estrictamente saberes técnicos o conocimientos especializados, sino que tienen que ver con el comportamiento que se espera de la persona que va a desempeñar la profesión. Se trata de condiciones íntimamente ligadas a la personalidad. Pero no es fácil auspiciar un desdoblamiento. Serán así exigencias cien por cien profesionales, en cuanto la profesión no requiere sólo una especialización de conocimientos y técnicas, sino que presupone, ante todo, unos modos de comportamiento. Se parte de que el profesional asume una responsabilidad y debe dejar asegurada su fiabilidad. Se cuenta sin falta con su credibilidad. Se trata, así, de buscar fórmulas que garanticen una integridad y aseguren se respeta la relación de confianza propia de la profesión. En la terminología clásica del Estado liberal se va a recibir la expresión virtudes públicas o cívicas. Así, cuando el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que como se recordará, hoy forma parte del bloque de la constitucionalidad en Francia, se ocupa del acceso a los puestos públicos, utiliza la fórmula de sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos, de modo que junto a los talentos estaban también las virtudes, pero las virtudes cívicas, que no eran las virtudes de un credo religioso. ¡Qué fácil resulta hoy a un periodista frívolo ridiculizar el uso de términos tales! Y, sin embargo, han tenido una funcionalidad indispensable. El problema fundamental hoy sería el de acertar con la oportuna adaptación y puesta al día.

---

<sup>626</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 241.

No se oculta que serios peligros acechan la utilización de conceptos semejantes. Como cuando se habla en otras ocasiones de moral o de ética. Aparece el temor, tantas veces confirmado por la experiencia, de que se dé al término un significado demasiado estrecho, demasiado confesional. Un significado que resulte sectario y excluyente por razones ideológicas. Hay que tener en cuenta, en efecto, que nuestras sociedades intentan evolucionar por la vía del pluralismo, que pasa así a convertirse en factor decisorio, por más que puedan observarse actuaciones retardatorias. Un pluralismo ideológico, político, vital o religioso, que se proyecta en los más diversos ámbitos. De manera tal que si hay que reclamar unas exigencias personales conviene adoptar los cuidados oportunos para no hacer exclusiones no justificables»<sup>627</sup>.

Es necesario recuperar ciertos aspectos de la esfera personal, tradicionalmente considerados como íntimos o privados, para la esfera pública, y sobre todo, dejar abierta la posibilidad de que ellos sean objeto de «crítica moral», siempre que se encuentre una vinculación directa e inmediata del dato o hecho privado objeto de «escrutinio» con la actividad pública en cuestión; esto es, siempre que la crítica moral revista un «interés público-político» [los alcances de esta categoría material los justificamos en el primer capítulo de esta tesis <sup>628</sup>].

Muy lejos se está de hacer gala de un de moralismo o buenismo, excesos ya detectados y cuestionados en muchos estudios<sup>629</sup>. Hay que salir del silencio ético. La moral

---

<sup>627</sup> Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, Ob. Cit., Págs. 43-44.

<sup>628</sup> Véase en la página 153 y ss.

<sup>629</sup> Así, para Bustos Gisbert habrá de evitarse, cuando se habla de «corrupción política», el exceso de moralismo o buenismo detectable en muchos estudios sobre la materia. Según sostiene «los estudios teóricos no deben ser apologías o excusas para cruzadas morales que, en definitiva, acabarían teniendo como principal víctima a la propia democracia en

es una empresa pública y no un asunto exclusivo del ámbito individual<sup>630</sup> pues las sociedades contemporáneas se constituyen a sí mismas también por procesos morales.

Las pautas éticas son fundamentales a la hora de elegir a las autoridades. Si ello es así, la afirmación categórica de una crisis general de legitimidad y de ausencia de parámetros morales predominantes e identificables merecería, como mínimo, una revisión. Si las sociedades constituyen órdenes relativamente viables frente al caos, si funcionan en alguna medida, a pesar de su supuestamente asoladora crisis de legitimidad, sí son capaces de habérselas con la abrumadora corriente de innovación técnica y cultural y la fluidez intensísima de su vida social, lo hacen en virtud de que poseen y generan constantemente una constitución moral la cual, a su vez, las sustenta<sup>631</sup>. Que la constitución moral de la sociedad se vuelva poco visible es una cosa, pero otra bien distinta es que se haya vuelto superflua. En todo caso, la carga de la prueba de la ausencia de normas identificables

---

cuanto, por una parte, generarían expectativas imposibles de cumplir en torno al comportamiento de los gobernantes o políticos, por otra, incidirían a menudo en la vida personal de éstos y, por último, pondrían de manifiesto la fractura cada vez más acusada entre el comportamiento esperado y el comportamiento real de los gobernantes de modo que al final e irónicamente somos víctimas de nuestra propia cruzada moral» (*Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Págs. 70-71). Ello no impide que el autor afirme con rotundidad que **«parece razonable afirmar que la idea de virtud como comportamiento exigible a los gobernantes, sigue existiendo en nuestros modernos sistemas democráticos al menos en un sentido muy amplio»** y que «esta idea de ejemplaridad de los gobernantes lejos de hacerse menos importante ha devenido particularmente esencial en la sociedades democráticas actuales» (Pág. 88).

<sup>630</sup> Hoy la moral trata sobre todo de la felicidad colectiva. Ello entraña que quien la produce sean mujeres y hombres en el ejercicio de sus voluntades sociales, es decir, como miembros de grupos, asociaciones, comunidades, gremios, instituciones, facciones. O sea, la generan personas que ocupan lugares y posiciones dentro de estas entidades sociales: la explicación de la moral hay que buscarla ante todo en la naturaleza de estas últimas y más precisamente en sus constantes relaciones mutuas. Por lo tanto, y esto es crucial, es la mundanidad y la sociedad misma (o aspectos parciales de ella) quienes se reconocen como únicos orígenes y destinatarios del comportamiento moral, así como de los criterios éticos que se esgriman en cada circunstancia: justicia, responsabilidad, deuda, convicción, autoridad, tradición o cualesquiera que sean. Tales criterios, contra lo que sostienen las teorías nihilistas de la moral en la hipermodernidad, pueden llegar a perfilarse con relativa nitidez. Las sociedades contemporáneas no se constituyen solamente a través de procesos de conocimiento creciente, económicos y políticos, sino que lo hacen también como modos morales de producción de sí mismas. Su orden se legitima (y deslegitima) también en términos morales (Giner, Salvador, Camps, Victoria, *El interés común*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 17). En el mismo sentido, en cuanto al criterio de que la ética es, ante todo, una empresa pública que tiene que ver con la felicidad colectiva y no precisamente con la individual (Camps, Victoria, *Ética, retórica, política*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, Pág. 14).

<sup>631</sup> Giner, Salvador, Camps, Victoria, *El interés común*, Ob. Cit., Págs.13-22.

debería corresponder a quienes así lo afirman. «Mientras tal prueba no se produzca será posible mantener la posición tradicional de una necesidad de dimensión moral vertebradora en el orden de toda sociedad compleja»<sup>632</sup>. En suma, si como opina Bustos Gisbert, cierta idea de virtud sigue siendo exigible a los gobernantes<sup>633</sup>, ello se debe a que hay al menos una bóveda central reconocible, aunque más no sea mínima, de valores morales que nos cubre a todos. Por esto encontramos una contradicción en su afirmación de que no es posible formular un juicio a los políticos desde la perspectiva de la ética hasta tanto no se encuentre, en las sociedades actuales, una ética común a todas las perspectivas ideológicas<sup>634</sup>. De hecho, esto lo lleva a sostener que las normas de conducta tradicionalmente vinculadas a la noción de trust –antes explicadas– devinieron inaplicables, incluso inexistentes. En su opinión, mientras no exista una ejemplaridad pública compartida a partir del comportamiento estable y continuado de los políticos como pretende incentivar Gomá [y, desde luego, de momento no existe], no se tienen parámetros para identificarlas<sup>635</sup>. Y aunque lo que evidentemente cuestiona Bustos Gisbert con este argumento no es la importancia de los criterios éticos, sino su vigencia e identificación actual, somos críticos de su posición. Más allá de que sea en verdad palpable una crisis de valores que trae como consecuencia la poca visibilidad de los que sí permanecen en activo, no parece que nada de esto impida a los representados llegar a un consenso muy básico sobre cuáles son los valores positivos o negativos de los gobernantes. La exhibición de algunos valores positivos, como honorabilidad, honestidad y transparencia, entre otros, es

---

<sup>632</sup> Giner, Salvador, Camps, Victoria, *Ibíd*em, Pág. 21.

<sup>633</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política...*, Ob. Cit., Pág. 88.

<sup>634</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Ibíd*em, Págs. 78 y 90

<sup>635</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Ibíd*em, Pág. 90.

un reclamo primerísimo de los representados<sup>636</sup> y, al menos esto, es incuestionable. Por sobre los relativismos y las confusiones, es evidente que hay un mínimo de valores afianzados que se reconocen como ideal en el mundo político. La realidad nos muestra, y esto nos parece incuestionable, que los ciudadanos aspiran y desean que sus gobernantes sean transparentes, que se manejen con honestidad, que no mientan, que vivan con austeridad y que haya integridad en su discurso. Al menos esto sí nos parece claro. Por tanto, no se explica por qué motivo, cuando los gobernantes tienen que decidir cómo actuar correctamente en el momento oportuno, y no hay ley precisa que les indique la opción correcta, se deciden –por citar un ejemplo– por encastillarse en el secretismo, cuando el reclamo social a todas voces es la transparencia y la publicidad. Ya veremos cómo esta desviación se ha dado con la decisión de declarar los valores de sus bienes inmuebles siguiendo una tasación fiscal irrisoria que impide el control de la evaluación del patrimonio de los altos cargos.

Lo podamos llegar a ver o no, hay en la sociedad una constante producción de parámetros morales. Cada comunidad va dictando lo que es para ella tolerable mínimamente y lo que no. Coincide con ello López Calera en cuanto identifica, en el caso de los políticos, sus «deberes morales» con los «reclamos sociales» que la comunidad les

---

<sup>636</sup> Según García Mexía, en cuanto a la preocupación por un ejercicio «ético» del poder hay importantes datos a tener en cuenta, como lo es el **dato sociológico** de que «no es la eficacia, o la capacidad de dirigir y estimular equipos, ni siquiera la visión u otras cualidades las que más valoran los ciudadanos españoles en sus líderes políticos, como en un principio pudiera quizá suponerse. Según demuestran múltiples encuestas llevadas a cabo por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) español (y los datos serían muy probablemente extrapolables a cualquier otro país de características similares al nuestro), **las cualidades más valoradas por los españoles son la honradez y la integridad en el ejercicio de sus funciones políticas** (Kaufmann, 2004)». Asimismo, como dato politológico se dice que «**el del ejercicio ético del poder viene erigiéndose en tema de creciente importancia** en el estudio del más amplio tema de la gobernanza. Y ello desde un doble punto de vista: tanto desde el de los países desarrollados, donde se reconoce con generalidad como un elemento crucial de legitimidad de sus sistemas políticos; como desde el de los países en desarrollo, respecto de los que ha llegado a ser considerado, no ya como un obstáculo más al no –cosa que no sorprendería–, sino como el mayor de todos ellos» (García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en *El derecho a la buena Administración Pública*, directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008, Pág. 114). En cuanto a la última afirmación se cita a A. Kaufmann: 2004, *Liderazgo global en la era digital*, Madrid; Instituto de la Empresa).

dirige<sup>637</sup>. Entiende también que cada sociedad política tiene experiencias y normas morales propias para someter a juicio a sus políticos. Y aunque no se puede generalizar, la opinión pública indica, por ejemplo, que los políticos debieran cumplir las promesas electorales, que no debieran asignarse salarios y dietas desproporcionados, que no debieran utilizar los fondos públicos para gastos lujosos y suntuarios, que no debieran favorecer a compañeros de partido, a amigos y parientes para cubrir cargos de libre designación, que no se insultaran entre sí, que no mintieran, que no antepusieran sus intereses privados o partidistas a los intereses generales, etc., cosas que hacen y que no son delitos. Tal moralización –sostiene López Calera– apunta a valores como la austeridad, la solidaridad, la veracidad, el buen ejemplo, entre otros, de los que depende, según la ciudadanía, una política más razonable. Veremos en las próximas líneas que el «Código de Buen Gobierno», con su enunciación de «principios éticos» y «principios de conducta» recoge estos parámetros de actuación. Y al así hacerlo no está más que recordando la existencia de normas administrativas y penales exigibles a los altos cargos. Justificaremos así la exigencia del ofrecimiento de una imagen de servidor público con rasgos normativizados<sup>638</sup>.

#### **3.2.4. Los parámetros de actuación ética de los altos cargos**

Si hay reclamos morales identificables dirigidos a los gobernantes, toca ahora exponer cuáles son estos deberes, valores o parámetros que dan especificidad a la ética pública. En otras palabras, corresponde ahora dar respuesta a la pregunta ¿de qué se trata el plus ético que se pide se les pide?

---

<sup>637</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, Ob. Cit., Págs. 123-127.

<sup>638</sup> Véase en la página 320.

Los miembros del Gobierno y demás altos cargos que integran la elite de la Administración del Estado deben:

- i) Respetar la Constitución y el Derecho;
- ii) Poseer virtudes propias de una «ética constitucional», desprendida de toda concepción ideológica o religiosas; y
- iii) Asumir las responsabilidades comunes y políticas propias de su cargo.

#### **3.2.4.1. Deber de respetar la Constitución y el Derecho**

Los gobernantes y cargos de elite de la Administración, al igual que todos los ciudadanos, deben cumplir con la legalidad. En los Estados Democráticos de Derecho toda política está sometida necesariamente a una moral mínima, socialmente aceptada, que es el derecho<sup>639</sup>. La moralidad superlativamente básica de la política es el respeto del «principio de legalidad», que vale para todos y también para los políticos, aunque en grado preeminente. Así lo ordena el artículo 9.1 de la Constitución Española al decir que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución»; el art. 26 de la Ley

---

<sup>639</sup> Si observamos la moral social, las convicciones ético-políticas dominantes en nuestras sociedades occidentales, constataremos de inmediato la efectiva presencia de la convicción o creencia más o menos generalizada en el deber moral de obedecer el Derecho. Es cierto, por otra parte, que algunos autores niegan justificación a esa creencia del deber moral de obedecer el Derecho. Como razones que sí la justifican, Ramos Pascua menciona: i) el deber de «juego limpio»; y ii) el deber natural de justicia. La primera, parte de la idea de que la cooperación social que el Derecho hace posible beneficia a todos. Y puesto que uno acepta el beneficio derivado de la obediencia al Derecho de sus conciudadanos, cada uno tiene a su vez el deber «de juego limpio» de apoyar con su obediencia el sistema jurídico que se lo proporciona. La segunda razón parte de la idea de que todos tienen el deber moral de ser justos y de respaldar las instituciones justas. Consecuentemente, si el Derecho es justo, todos tienen el deber moral de obedecerlo [La primera razón la aportan, entre otros, H.L.A. Hart, «¿Hay derechos naturales?», en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. De G.R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, Págs. 81-82 y J. Rawls, «Legal obligation and the Duty of Fair Play» en *Law and Philosophy*, New York, 1964, Pág. 2. La segunda razón la apunta el mismo J. Rawls, en *Teoría de la justicia*, trad. De M.D. González, México-Madrid, F.C.E., 1979, Págs. 374 y ss.] (Ramos Pascua, *Función del Derecho y moralidad*, en *La Política desde la Ética, II Problemas morales de las democracias*, Ob. Cit., Págs. 67-68).

50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuando establece que «el Gobierno estará sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación; y la similar prescripción en el art. 2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, entre otras.

Se trata de una moralidad asumida y expresada como voluntad general que es la ley. A esta «mínima moral» hace referencia la **OCDE** cuando afirma que *«...Los servidores públicos, más que ningún otro individuo, están obligados a demostrar respeto ante las instituciones públicas y las leyes»*<sup>640</sup>. Este parámetro es recogido luego por «Código de Buen Gobierno». Precisamente, cuando reclama de los servidores una actuación acorde al «principio de conducta de ejemplaridad» lo hace en dos direcciones: *ejemplaridad en la actuación como empleados públicos y ejemplaridad como ciudadanos, en el cumplimiento de las obligaciones que les exigen las leyes*<sup>641</sup>. Tanto en el documento de la OCDE como en el «Código de Buen Gobierno», el **acento está puesto en la imagen**; en lo que se hace visible frente a la mirada de los otros. **No es que simplemente se reclame cumplir la ley, sino demostrar que se cumple y dar ejemplo de que se la respeta**. Por esto podemos decir que, en lo relativo al cumplimiento de la ley por parte de los gobernantes y altos cargos, **lo relevante es la apariencia de cumplimiento y la rendición de cuentas**. Dar ejemplo, devolver una imagen de respeto hacia el ordenamiento jurídico y, llegado el caso, exhibir las pruebas que así lo acrediten. Este deber especial de cumplimiento de la ley también es presentado por Bustos Gisbert, citando a

---

<sup>640</sup> OCDE, *La ética en el servicio público*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997. Hacia la misma interpretación apunta la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico segundo, cuando sostiene que el alcance de la infracción tributaria no es el mismo cuando esta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria.

<sup>641</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, Principios de Conducta, Apartado 4.



Seibel<sup>642</sup>. Como anticipamos su afirmación es que el *test básico* al que se ha de someter a los políticos no tiene carácter moral pues consiste en el respeto cualificado o escrupuloso a la Constitución y al Derecho [un deber de apoyo expreso, activo]. Esta es –nos dice– la «regla especial de juego para el político», exigible a través de la permanente obligación de rendición cuentas de sus actos. Y, en virtud de ella, los gobernantes deberán estar siempre en condiciones de demostrar la propia inocencia. Pero más allá de la dificultad que encontramos en adjetivar el cumplimiento de una norma como cualificado [tal el adjetivo utilizado por Seibel, puesto que generalmente las prescripciones o se cumplen o se incumplen] vemos que este respeto a la «legalidad» es insuficiente como único parámetro de actuación de los gestores de lo público. Por otro lado, y en tanto venimos defendiendo nuestra opinión de que la ética privada da estructura a la ética pública, no nos parece adecuado luego asegurar que si un gobernante cumple cualificadamente la Ley, *ya podrá* – como considera el Profesor Bustos Gisbert– *ser egoísta, adúltero o mala persona, pues si por sobre estos déficits personales es bueno y honesto en la salvaguarda de los intereses de la comunidad, debería conformarnos*<sup>643</sup>. En primer lugar, habría que tener en cuenta que un cónyuge infiel incumple el deber impuesto por el art. 68 del Código Civil; obligación que se impone a todo aquel que libremente prestó su consentimiento para someterse a las especiales reglas de la institución matrimonial. Por tanto [sólo estamos especulando] si de lo que se trata es del respeto cualificado de la ley sin matiz alguno, es decir, sin discriminar cuestiones de orden público o contractuales privadas, el político infiel no aprobaría ese *test básico*. Tampoco pasaría con éxito por este examen moral aquel gobernante egoísta que no asume sus responsabilidades domésticas, ni el cuidado y atención de ascendientes y descendientes u

---

<sup>642</sup> Se cita W. Seibel, *Institutional Weakness, Ethical Misjudgment: German Christian Democrats and the Kohl Scandal*, en I. Holland & J. Fleming, *Motivating Ministers to Morality*, Aldershot, 2001, Págs. 120-121.

<sup>643</sup> Tal la afirmación de Rafael Bustos Gisbet, en *La corrupción política...*, Ob. Cit., Pág. 97.

otras personas dependientes a su cargo<sup>644</sup>. A más de ello, tenemos que el propio Tribunal Supremo ha declarado que «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social»<sup>645</sup> y que también en una reciente sentencia, en la que analizó si la noticia de la infidelidad de un ex Presidente atentaba contra sus derechos al honor y a la intimidad, se explayó en recordar y justificar como resulta «contrario a la dignidad de la persona considerar carente de importancia la relativa protección de los deberes conyugales»<sup>646</sup>. Pero más allá de la respetada opinión del Tribunal Supremo y de interpretar, en definitiva, que el Profesor Bustos al presentar esta «regla especial para el juego político»

---

<sup>644</sup> Establece el art. 68 del Código Civil que «dos cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

<sup>645</sup> «Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un **innegable reproche ético-social**, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, **por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio**, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». (STS 701/1991, de 30 de junio, FJ. Tercero). Otros Tribunales Superiores también consideran que otros comportamientos son pasivos de «reproche-ético» de la relación de «alterne». Muestra de ello puede ser la STSJ de La Rioja de 15 de marzo de 2000, que señala literalmente lo siguiente: «Tampoco puede subsumirse aquella actividad en la expresión “desarrollar actividades ilegales” utilizada en el mismo apartado f) del art. 26.1 de la Ley 7/1985, ni aún en la hipótesis de que dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues **con independencia del reproche ético-social que tal actividad merezca**, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal, salvo que se produjera bajo circunstancias configuradoras de los tipos penales descritos como “delitos relativos a la prostitución circunstancias éstas que la sentencia recurrida no da por acreditadas».

<sup>646</sup> En la STS 5777/2001, de 29 de julio de 2011, se dijo «la infidelidad es un hecho que merece desvaloración para la sociedad, pues es infracción de un deber conyugal y causa justa de desheredación –artículos 68 y 855.1ª del Código Civil– y la Constitución vigente continúa considerando al matrimonio base de la familia basada en él y confiere su protección jurídica a esta institución básica (artículos 32.1 y 39.1), de tal modo que sería contrario a la dignidad personal que el texto constitucional proclama (artículo 10.1) considerar cuestión carente de importancia la relativa a la protección de los deberes conyugales que el Código Civil, como se ha visto, establece, y su contravención implicaría falta de respeto a la ley, que el mismo texto constitucional exige (artículo 10.1), según resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990, en lo que resulta aplicable la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modo que los usos sociales no legitiman intromisiones como la litigiosa; claramente ofensivo y atentatorio contra el honor y a la dignidad personal de los demandantes, del supuesto infiel, a quien se acusa de serlo y de infringir un deber conyugal, objetivamente injurioso para él y que le hace desmerecer frente a terceros, y del cónyuge no infiel...».

bien quiere excluir la legitimidad de reproches morales no seculares o el reclamo –como ya nos dijo– de un *buenismo*<sup>647</sup>, consideramos que lo que merece ser pensado es, en términos más generales, si en rigor toda violación al ordenamiento jurídico debiera ser objeto de un reclamo ético que pueda dirigirse a un gobernante o alto cargo en consideración a su función. Quizás sería más prudente no decantarse por una aplicación genérica y sin paliativos del deber de escrupuloso respeto a la ley, en lo que atañe al ámbito de la ética pública. **Podría matizarse, por ejemplo, que el reclamo de algunas obligaciones contractuales de orden civil**<sup>648</sup> –insistimos, siempre según el caso– tan sólo deberían de interesar a las partes que conforman la relación jurídica<sup>649</sup>. De todos modos, y al menos como principio general, sí es innegable que el mínimo moral exigible a los gobernantes es el cumplimiento demostrable y ejemplar de la Constitución y el «Derecho».

El primer núcleo de legalidad que los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración han de respetar es la **Constitución Española**. El precepto fundamental

---

<sup>647</sup> Véase al respecto nota al pie N°629 en la página 355, donde se hace referencia a la afirmación de Bustos Gisbert relativa a que «los estudios teóricos no deben ser apologías o excusas para cruzadas morales que, en definitiva, acabarían teniendo como principal víctima a la propia democracia».

<sup>648</sup> En cuanto al mismo art. 67 del Código Civil, será distinto el caso de no cumplir con el deber de fidelidad que el de desatender el cuidado de los hijos pues aquí es la propia Constitución Española la que establece como cuestión de orden público que «*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda*» (art. 39.3).

<sup>649</sup> Una opinión sobre la divulgación de la infidelidad de un alto cargo la da Clavería González, que descarta que por sí sola pueda justificar su divulgación. Afirma: «obviamente, la publicación de la infidelidad conyugal de un gobernante o parlamentario podría ser acorde a Derecho si ella sirve de marco a otras conductas que sí afectan al interés público: gastos incontrolados de dudosa procedencia, revelación de datos que puedan atentar contra la seguridad del Estado» (Clavería Gonsálbez, Luís Humberto, *Reflexiones sobre los derechos a la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo de 1982*, en ADC octubre-diciembre 1983. Pág. 1246).

que dedica la Constitución a la Administración General del Estado es el artículo 103<sup>650</sup> que contiene dos menciones estrechamente interrelacionadas. De una parte, su apartado 1) prescribe que la Administración sirva con objetividad los intereses generales, de otra, el apartado 3) ordena a la Ley regular, respecto de los funcionarios públicos, las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Como explica Santamaría Pastor, los vocablos de objetividad e imparcialidad designan la vertiente objetiva y subjetiva de una idea de alcance más general, como se deduce de la propia estructura del precepto, que refiere la objetividad a la Administración en abstracto, y la imparcialidad a los funcionarios públicos en particular. La objetividad, en primer término, constituye una directriz que se refiere a la actividad administrativa objetivamente considerada. Desde esta perspectiva, la objetividad exige la concurrencia de un doble requisito: i) que la actividad pública sea fiel a los fines que el sistema normativo atribuye a la potestad concreta que se ejerce, que persiga éstos y no otros distintos (de donde el vicio de desviación de poder es, ante todo, una ausencia de objetividad en la actuación); y ii) que la actividad se desarrolle mediante una exacta ponderación de todos los intereses en juego que la Ley ordena proteger en cada caso, mediante el empleo de los criterios que la propia norma establezca; y, en otro caso, de acuerdo con criterios técnicos de congruencia o razonabilidad, generalmente admitidos y que sean adecuados al fin para el que la potestad concreta ha sido atribuida. La imparcialidad, en cambio, alude al aspecto subjetivo<sup>651</sup> de este mismo principio: esto es, al deber de cada servidor público de actuar en la forma antes indicada, que se manifiesta, ante

---

<sup>650</sup> Así lo indica la «Exposición de Motivos» de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

<sup>651</sup> También para Miriam Cugat Mauri «de la redacción del art. 103 de la CE se desprende que el principio de objetividad hace referencia a la actuación en general de la Administración Pública (ap. 1), mientras que el de imparcialidad alude más en concreto a garantías en la actuación de los funcionarios públicos (ap. 2). Si bien ambos principios están relacionados por su oposición a la subjetividad o politicidad, la imparcialidad mantiene un vínculo más directo con la conducta personal. En este sentido la imparcialidad se puede considerar como la condición personal de cumplimiento de la objetividad (*La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1997, Pág. 99).

todo, en la prohibición de otorgar preferencias o desfavores, a unas u otras personas, que no se amparen en normas concretas o en directivas legítimamente dictadas por el Parlamento o por el poder ejecutivo. En este plano, la imparcialidad es un correlato o consecuencia del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE). Estos principios de objetividad e imparcialidad operan, por sí mismos, como parámetros de valoración jurídica de toda la acción administrativa [y muy especialmente, respecto de las actividades materiales y técnicas, sobre las que el principio de legalidad no despliega toda su eficacia]<sup>652</sup>.

**Como derivación del mandato constitucional, la *objetividad e imparcialidad* se convierten en el fundamento de un conjunto de técnicas, entre las que encontramos el sistema de incompatibilidades y el sistema de declaratividad de actividades, intereses y bienes, recogidos por la Ley 5/2006, de conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado y su normativa reglamentaria, el Real Decreto 432/2009 que precisamente, como declara en su Preámbulo, se apropia del objetivo de reforzar la dimensión ética de la actuación de los máximos responsables de la Administración General del Estado.**

También recordando la vigencia de los principios de objetividad e imparcialidad aparece el «Código de Buen Gobierno» que no hace sino enunciar imperativos de actuación que ya el ordenamiento jurídico español hacía exigibles tanto en el plano administrativo como en el penal. Veremos en detalle cuáles son esos «deberes éticos» que el «Código de Buen Gobierno» recuerda y que el ordenamiento jurídico exige. Justificaremos con su pormenorizado recuento el hecho de que sean incluidos en el parámetro ético del «cumplimiento del derecho». A saber:

---

<sup>652</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Ed. Iustel, Madrid, 2004, Pág. 114.

En lo que respecta a la **objetividad**, establece:

i) Como principio ético segundo: «La adopción de decisiones perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio». El imperativo es enunciado por el art. 103 de la CE y por el art. 3.1 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y resulta también jurídicamente exigible por la Ley 5/2006 según los artículos 4, 6, 7 y 8. La misma ley prevé un régimen sancionador en el ámbito administrativo en caso de incumplimiento (arts. 17 a 22) y, en ciertos casos, es punible conforme el Código Penal, bajo el título de «Delitos contra la Administración Pública», especialmente en los artículos 439 y 441.

ii) El principio ético octavo reclama de los miembros del Gobierno y altos cargos que vigilen «siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización», mandato impuesto por el art. 103 de la CE y por la referida Ley 5/2006. La «exposición de motivos» de la ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, ya declaraba que «la Administración General del Estado a través de sus diferentes modalidades de actuación debe tener presente que el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica su existencia y que debe presidir [su] actividad», a lo que se suma que en su artículo 4 particulariza el «Principio de servicio a los ciudadanos».

iii) Como principio ético noveno se reclama a los miembros del Gobierno y altos cargos que se abstengan «de todo tipo de negocios y actividades financieras que puedan comprometer la objetividad de la Administración en el servicio a los intereses generales». Al igual que en los casos anteriores, cabe referir que el principio de objetividad ya fue

presentado por la Constitución (art. 103). Asimismo, tienden a asegurar su respeto las prescripciones de la Ley 5/2006 enunciadas, en especial el art. 13, que prevé un control para aquellas autoridades que ejerzan competencias reguladoras de supervisión o control sobre sociedades mercantiles que emitan valores y otros activos financieros, como también un procedimiento para que su gestión se entregue a un fideicomiso ciego cuando los titulares de los valores y activos sean aquellos referidos, miembros del Gobierno, Secretarios de Estado, o alguno de los miembros de su vínculo familiar más íntimo.

Por otro lado, en lo tocante a la **imparcialidad** el «Código de Buen Gobierno» dispone:

**i)** Principio ético tercero que los altos cargos «se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público. Se entiende que existe conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas». Por derivación del art. 103 de la CE, es la Ley 5/2006 la que caracteriza el «conflicto de intereses» (art. 4). La definición de una y otra norma son idénticas, aunque si cabe mencionar que esta vez el «Código de Buen Gobierno» habla de abstenerse de actividades que conlleven un «riesgo de plantear» conflicto de intereses, adelantándose así un paso en la prohibición, lo que pareciera coherente con su objetivo de reforzar la «imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos».

**ii)** Principio ético séptimo ordena que los altos cargos «No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de estos cargos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los

intereses de terceros». Por cierto, ya el Código Penal tipificaba el «tráfico de influencias» (arts. 428 a 431). Por otro lado, desde el punto de vista de la autoridad que toma la decisión sin la debida motivación, hay que mencionar que el criterio de racionalidad de las decisiones es exigible jurídicamente pues está reconocido por nuestro ordenamiento jurídico implícitamente en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 de la CE y la prescripción de la motivación de las decisiones administrativas del art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

**Pero fuera de los casos de la imparcialidad y objetividad, el resto de los principios éticos enunciados por el «Código de Buen Gobierno» ya eran también exigibles a los gobernantes y altos cargos de acuerdo con el ordenamiento jurídico español.** A saber:

**Principio ético de integridad** [principio ético quinto] que dispone que los altos cargos «se someterán a las mismas condiciones y exigencias previstas para el resto de los ciudadanos en las operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos que realicen». Este deber está parcialmente recogido por el ya mencionado art. 13 de la Ley 5/2006 [«Control y gestión de valores y activos financieros»]. Asimismo, en cuanto a la integridad, el «Código de Buen Gobierno» enuncia: i) el Principio ético sexto por el que les ordena que «No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas» y, ii) el principio de conducta sexto que dispone: «Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. En el caso de obsequios de mayor



significación de carácter institucional se incorporarán al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente». El deber, como el mismo principio anticipa, es jurídicamente exigible bajo sanción penal a partir del actual **art. 422 del Código Penal** [anterior art. 426] que establece que «la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años»<sup>653</sup>.

No detendremos aquí para hacer unas especiales observaciones pues, lo que en verdad sorprende, es que la prohibición del Código Penal termina siendo más extensiva que la del propio «Código de Buen Gobierno». A diferencia de éste, la legislación penal no exige que el regalo tenga entidad tal que «pueda condicionar el desempeño de sus funciones». Para la tipificación penal tan sólo requiere que se dé una relación de causalidad entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto<sup>654</sup>. Tenemos entonces **un «código de ética» que se equivoca en la orientación que pretende dar al alto cargo** pues lo que debería hacer saber a quien recibe un regalo es que lo reprochable no es tan sólo admitirlo en el caso de que esa entrega tenga una potencialidad lesiva, es decir, aceptar un regalo cuando con ello pueda sentirse luego condicionado en el desempeño de sus funciones. Lo reprochable, tal la descripción del tipo penal, es el mismo hecho de aceptar aún los pequeños donativos que, con apoyo a

---

<sup>653</sup> Redacción conforme la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal.

<sup>654</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia N° 478/2010, recurso de casación N° 2172/2009, procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

arraigadas costumbres sociales, se le facilitan a un funcionario público en particulares situaciones, sin que medie un acto de la función, ni como causa, ni como finalidad del donativo mismo<sup>655</sup>.

**Lo que vemos ha hecho en mala hora el «Código de Buen Gobierno» es plasmar en su texto, precisamente, aquellas opiniones doctrinarias que pretenden restringir la aplicación del tipo penal<sup>656</sup>, sin tener en cuenta que el principio de legalidad impone siempre privilegiar en sentido de las palabras.** Como lúcidamente explica Genaro Carrió «cuando la ley se expresa debe entenderse que ha querido decir algo y que, además, ha querido decir precisamente lo que dice. Si lo que dice es vago, esto significa que para ella es indiferente el matiz, siempre que el valor sea como tal reconocido. Para delimitar los actos debidos, el derecho acota clases de actos que contendrán determinadas notas relevantes y una infinidad de notas indiferentes, que no forman parte del cuadro abstracto. Todo lo que la ley no ha puesto como definitivo de la figura queda por ello descartado como carente de relevancia»<sup>657</sup>. Lo que el Código Penal no ha tenido en cuenta al considerar como penalmente reprochable una conducta, sí lo ha ponderado el Consejo de Ministros. La consecuencia es que este pretendido código deontológico ha fijado un parámetro de actuación que no hace más que desorientar al alto cargo y dejarlo expuesto a una posible comisión delictiva. Adviértase que en el «Código de Buen Gobierno» se introducen dos condiciones paliativas del reproche penal: **i)** que el regalo,

---

<sup>655</sup> A pesar de que el legislador probablemente haya querido subsumir en esta hipótesis delictiva justamente aquellos pequeños donativos que se entregan normalmente a determinados funcionarios públicos, parte de la doctrina sostiene que en los casos considerados por el Código Penal deberá evaluarse de forma particularmente estricta el requisito cuantitativo de la dádiva: en este caso se debería tomar en consideración el criterio de la adecuación social que permite excluir del ámbito de aplicación de la norma todos aquellos regalos socialmente tolerados.

<sup>656</sup> Entre otras, véase Polaino Navarrete, Miguel, *Cobeco, Tráfico de influencias, Malversación de caudales públicos*, en «Lecciones de derecho penal, Parte especial, Tomo II», Madrid, 2011, Págs. 327-330).

<sup>657</sup> Carrió, Genaro, *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1971, Págs. 36 y 39.

favor o servicio vaya más allá de los usos sociales, habituales y de cortesía<sup>658</sup>; y **ii**) que pueda condicionar el desempeño de las funciones del agente<sup>659</sup>. En suma, este código de ética está pidiendo del alto cargo o gobernante menos que lo que el Código Penal reclama de todos los funcionarios, con independencia de su jerarquía. Todo esto cuando el bien jurídico protegido por la figura del art. 422 [la imparcialidad] no es puesto en peligro con la aceptación, sino más bien, lesionado. De hecho, la STS 361/1998 de 16 de marzo, declara que en el artículo 426 CP[anterior redacción], el bien jurídico protegido resulta seriamente afectado si las funciones públicas «son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues en tal caso se genera una impresión de venta de las mismas, que pone en duda la seriedad del ejercicio de la función pública»<sup>660</sup>. Si ciframos el interés tutelado en la capacidad del sujeto público de tomar decisiones con imparcialidad, una vez que ha aceptado el regalo, el funcionario se vuelve en algo un sujeto asalariado por un particular.

---

<sup>658</sup> El «criterio de adecuación social» es afirmado por Catalán Sender, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999, Pág. 215. En contrario opina Rodríguez Puerta que, que en todas las hipótesis de cohecho tipificadas con arreglo a los artículos 419-425 la dádiva o presente tiene que tener una mínima relevancia económica. Por el contrario, podría sostenerse que, debido al tenor literal de la norma (con específica referencia a la pena de multa) ello no vale para el artículo 426 CPE en cuyo marco asume relevancia todo tipo de regalo, con independencia de su entidad (Cfr. Rodríguez Puerta, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág. 201).

<sup>659</sup> Destacada doctrina española, atenta a la estricta observancia de los principios de lesividad e intervención mínima, ha sido extremadamente crítica de cara a la oportunidad de mantener esta norma en el Código Penal. Así se ha considerado que la primera hipótesis considerada por el artículo 426 CP «no contempla una conducta atentatoria al principio de imparcialidad, por cuanto la entrega de dádivas a un funcionario por desempeñar correctamente sus funciones no se condiciona a la adopción de un acto determinado o determinable ni a ninguna otra circunstancia. En esta medida el regalo o dádiva no está enderezado, según el tenor legal del art. 426 CP, a incidir sobre una resolución futura mínimamente determinable. De este modo, el funcionario no puede situarse en una posición parcial, pues el tipo no exige el presupuesto lógico de esta circunstancia: la ocurrencia de una decisión que deba adoptarse imparcialmente. En conclusión, la incriminación de esta clase de actuaciones –se dice– responde a criterios éticos o morales o bien a juicios propios de un Derecho penal de autor que deberían permanecer ajenos al Código penal (Cfr. Rodríguez Puerta, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Ob. Cit., Pág. 274. En la postura crítica del tipo penal del art. 426 también Polaino Navarrete, Miguel, *Delitos contra la administración pública (v). Cohecho*, en AA.VV Cobo del Rosal, Manuel (Dir.), Curso de Derecho penal español, Parte especial II, Marcial Pons, Madrid, 1997, Págs. 370 y ss.)

<sup>660</sup> En el mismo sentido, Morillas Cueva, Lorenzo–Portilla Contreras, Guillermo, *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, en Cobo del Rosal, Miguel (Dir.), Comentarios a la legislación penal, Tomo XVI, Madrid, 1994, Pág. 223.

Cosa distinta es que ese regalo lo condicione en su decisión<sup>661</sup>. En este caso, si decide contrario a derecho, su conducta encuentra enlace típico en la figura del cohecho propio, y en segundo caso, si decide conforme a derecho deberá aplicarse cuanto dispone en materia de cohecho impropio.

**Principio ético de neutralidad:** El principio ético decimotercero establece para los altos cargos y miembros del Gobierno que «ejercerán sus atribuciones según los principios de buena fe y dedicación al servicio público y se abstendrán no sólo de conductas contrarias a aquellos, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos que tuvieran encomendados», lo que no es sino una reiteración de los principios de imparcialidad y objetividad.

El Principio de conducta segundo reclama que «el desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos en ningún caso [menoscabe o comprometa] el ejercicio de sus funciones». El art. 5 de la Ley 5/2006, en efecto, consagra el «principio de

---

<sup>661</sup> Si lo que preocupa es la «imagen» que se genera al recibir un regalo, quizás tendríamos que pensar en cómo piensa un ciudadano que conoce que otro particular ha hecho un obsequio a un funcionario. Javier Marías bien nos ilustra: «Es muy fácil saber por qué se le hace un regalo costoso a un político (...) Todos ellos son personas con buenos sueldos, no especialmente necesitadas. Esos obsequios, por tanto –si no se los hacían ya antes de ocupar sus respectivos cargos–, sólo podían tener por objeto granjearse la gratitud y esperar favores directos o indirectos de ellos, a través de subordinados (...) No se entiende cómo a esos políticos nos les incomodaban las dádivas, a menos que ni siquiera estén mínimamente educados.. Sí, es difícil resistirse al agradecimiento, aún lo es más sentirse en deuda y no tratar de saldarla. Por eso ningún cargo público debería aceptar regalos que no recibiera ya cuando era un mindundi, un don nadie» (Marías, Javier, La gratitud, El País Semanal, 20 de septiembre de 2009). Por su parte, González Pérez recuerda que en otras épocas se buscó una reforma de nuestros hábitos administrativos, la regulación descendió hasta los aspectos más concretos de la conducta de los servidores públicos, llegándose a la prohibición de enviar felicitaciones de Navidad en las relaciones de mero carácter oficial y de confeccionar tarjetas e impresos especiales para felicitaciones que se enviaran por razones familiares o de amistad, con cargo a fondos públicos (Orden de 9 de diciembre de 1957, BOE de 10 de diciembre), así como que se hicieran o recibieran obsequios o regalos por razón del cargo que se ocupara, aunque se ofrecieran con motivo de felicitación en fechas tan señaladas como las de Navidad (Orden de 14 de diciembre de 1957, BOE de 16 de diciembre). No será necesario decir cuál fue el destino de tan drásticas determinaciones en normas de tan ínfimo rango jerárquico. No ya por la tolerancia perfectamente explicable ante los obsequios impersonales a los Agentes Municipales de tráfico dejados públicamente al pasar los vehículos por los espacios destinados a su recepción o ante la tradicional costumbre en ciertas regiones ganaderas de hacer presente la admiración y afecto a la Guardia Civil con la entrega de unos corderos el día de la Patrona, sino por la general aceptación de obsequios mucho más importantes a escalas superiores, hechos por personas perfectamente identificadas, con actividades cualificadas en el sector al que extendían su competencia los órganos de que eran titulares los destinatarios de los regalos (González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Ob. Cit., Pág. 85).

dedicación exclusiva al cargo» salvo las excepciones permitidas ex lege en los arts. 9 y 10. Con ello se busca garantizar que la actuación del alto cargo sea totalmente independiente de cualquier tipo de intereses que no sean los inherentes al cargo, asegurando en simultáneo el principio de eficacia en el actuar de la Administración. También el art. 3 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado establece como principio de funcionamiento la «eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados»

**Principio de confidencialidad** (principio ético decimocuarto): Se establece que «Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sobre la difusión de información de interés público, se mantendrán el sigilo, la reserva y la discreción en relación con los datos e informes que se conocieran por razón del cargo». El deber de confidencialidad y su extensión se desprende del: i) art. 105 b) de la CE; ii) Ley 9/1968, de 5 de abril, Ley de secretos oficiales; y iii) el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que –merece la pena recordarlo– legisla sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros.

**Principios de transparencia y accesibilidad:** El principio ético décimo establece para los miembros del Gobierno y altos cargos que «Sus actividades públicas relevantes serán transparentes y accesibles para los ciudadanos con las únicas excepciones previstas en las leyes», mientras que el principio de conducta decimoprimer ordena que garanticen «la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables». Asimismo, el principio de conducta tercero dispone que «Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las limitaciones que establezcan normas específicas» y el principio de conducta séptimo que «En el desempeño de sus funciones serán accesibles a todos los ciudadanos y extremarán la diligencia en contestar todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que éstos realicen». El

principio está ya expuesto en el art. 105 b) de la CE y por el art. 3.5 de la Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece que «en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación». Asimismo, la «exposición de motivos» de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado declara que «la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público».

**Principio de ejemplaridad.** El principio de conducta cuarto establece que «En el ejercicio de sus funciones extremarán el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes». Como vimos es este principio una derivación del art. 9.1 de la CE y del art. 1 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

**Principio de Austeridad:** El principio de conducta tercero establece que «administrarán los recursos públicos con austeridad», al que se suma el principio de conducta noveno que exige abstenerse de «realizar un uso impropio de los bienes y servicios que la Administración General del Estado pone a su disposición por razón del cargo». En efecto, el art. 31.2 de la CE establece el «principio de economía en el gasto público». Este mismo motivó, conforme lo declara en su exposición de motivos, que la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado simplificara y redujera sustancialmente la planta de la Administración, mientras que el art. 3.1d) dispone que la Administración actuará de acuerdo los principios de «economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales», en lo relativo a su

organización, y en lo tocante a su funcionamiento (art. 3.2 b) «con eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

**Principio de honradez:** El mismo principio de conducta tercero prosigue diciendo que «evitarán actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público». Observar una conducta de «máximo decoro» figuraba en la enumeración de deberes que establecía el hoy derogado artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado<sup>662</sup>. Asimismo, el art. 88 establecía que «se considerarán faltas muy graves: a) La falta de probidad moral o material y cualquiera conducta constitutiva de delito doloso»<sup>663</sup>. En efecto, en relación a esta exigencia de «probidad» la STC 50/1983, de 14 de junio, FJ 1, dijo «la resolución sancionadora (...) no califica como delito los hechos que al recurrente se imputan, sino sólo de constitutivos de una falta muy grave de probidad moral y material. No se produce, pues, la sanción como consecuencia de una conducta que en cualquier ciudadano resultaría punible, sino como resultado de la conducta exigible de quienes, por estar facultados para el ejercicio de poderes públicos al obrar como autoridades o agentes de la autoridad, se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la Administración o vinculados con ella a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado».

**Principio de eficacia:** (Principio ético octavo) se exige a los altos cargos que actúen «de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia» y que vigilen «siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la

---

<sup>662</sup> Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Decreto 315/1964, de 7 de febrero, en su artículo 80 establecía que «Los funcionarios han de observar en todo momento una conducta de máximo decoro, guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo y esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad de trabajo». El artículo fue derogado por la disposición derogatoria única a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del empleado Público, que establece un código de conducta para el servicio público.

<sup>663</sup> El artículo fue derogado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, Ley de Reforma de la Función Pública.

organización». El principio de eficacia es mencionado por el art. 103 de la CE. Se suma a ello que Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su art. 3 –como vimos– establece como principios que han de regir su funcionamiento: «eficacia en los objetivos fijados» (3.2. a); «eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos» (3.2. ab) y «programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión de resultados».

**Principios de promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.** El principio del ético primero exige que a los altos cargos que promuevan «los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos, y evitarán toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El principio ético cuarto reclama que velen «por promover el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres» y remuevan «los obstáculos que puedan dificultarla». Finalmente, el principio de conducta décimo establece que «la protección del entorno cultural y de la diversidad lingüística inspirará las actuaciones de los altos cargos en el ejercicio de sus competencias, así como la protección y mejora de la calidad del medio ambiente». Lo que no es sino una derivación del art. 9.1 y 2, 14, 45 y 46 de la CE.

**Principio de responsabilidad.** El principio ético decimoprimeros exige que los altos cargos asuman «la responsabilidad en todo momento de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente», mientras que el principio ético decimosegundo que tomen para sí «la responsabilidad de sus actuaciones ante los superiores» y que las deriven hacia los subordinados sin causa objetiva. El principio de responsabilidad política está previsto, como vimos, en el art. 108 y 113 de la CE, y en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en los arts. 4 [«los Ministros tienen responsabilidad en la esfera específica de su



actuación»]; y 7 [«los Secretarios de Estado son directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno»]. Asimismo la «Exposición de Motivos» de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado dice que «Los Ministros, miembros del Gobierno y titulares del máximo órgano de la Administración General del Estado» son «responsables públicos». Y, finalmente, el art. 3 de esta norma establece como «principio de funcionamiento» el de «responsabilidad por la gestión pública» (art. 3.2.d).

La enunciación que precede de «principios éticos» y «principios de conducta», que caso por caso acompañamos con su correlativa exigencia jurídica, nos demuestra la propiedad de ubicar este «Código de Buen Gobierno» español en el ítem que estudia el deber de «respeto a la Constitución y el Derecho». **Más allá de las pretensiones deontológicas que se declaran en la «exposición de motivos», bien mirado este «código» no es sino un recordatorio de ciertas normas administrativas y penales exigibles a los Miembros del Gobierno y altos cargo ante la jurisdicción. No hay en rigor (sólo por una excepción) un reclamo más allá del respeto a la legalidad.** De hecho, lo que hace este «Código de Buen Gobierno» en la generalidad de los apartados de principios éticos y de conducta, es presentar una reedición parcial de los preceptos medulares de la legislación que se ocupa del funcionamiento de la Administración Central [i.e. Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de

la Administración General del Estado y Ley 50/1997, del Gobierno]<sup>664</sup>. No hay una educación ética en tanto y en cuanto hay una ausencia patente de criterios verdaderamente orientadores. No se percibe en él una intención de forjar hábitos<sup>665</sup>.

Pero nobleza obliga reconocerle a este «código» un logro: si su pretensión era la de «enriquecer el ordenamiento jurídico español» con normas que sirvan de marco de actuación de los altos cargos y que hasta entonces no habían sido plasmados<sup>666</sup>, puede se haya logrado –parcialmente– tan sólo en un caso. **Hasta la aprobación del Acuerdo del**

---

<sup>664</sup> Por el contrario, para García Mexía el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado constituye un instrumento esencialmente preventivo, que pretende persuadir a sus destinatarios que interioricen sus preceptos y actúen éticamente por propio convencimiento. En su opinión, esencialmente es un instrumento ético más que jurídico por la ausencia de recursos punitivos. En este sentido expone: «El Código nos presenta una paradoja. De un lado, en su exposición de motivos, indica con toda tajancia que los valores que incluye *no suponen un repertorio de principios éticos sin trascendencia jurídica alguna*, sino que *[s]e trata, por el contrario, de principios inducidos de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico español*. Nos hallaríamos pues ante valores que tendrían, digamos, el rango nada desdeñable de principios generales del Derecho, auténticas fuentes de nuestro ordenamiento como nos recuerda el artículo 1.1 del Código Civil. Ahora bien, obsérvese en primer término la naturaleza jurídica del texto que acoge tales valores: se trata de un mero acuerdo del Consejo de Ministros, se ha huido de una norma con rango de ley, ni siquiera nos hallamos ante un real decreto. Se ha optado deliberadamente pues por restar solemnidad al Código, dándole acomodo en la fuente jurídica de mayor simplicidad en cuanto a su elaboración que puede aprobar el Consejo de Ministros, justamente un acuerdo (art. 25.d) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Pero en segundo lugar y, sobre todo, nótese lo que el propio Código dispone acerca del seguimiento del cumplimiento de él establecidas: *1. Anualmente el Consejo de Ministros conocerá un informe elevado por el Ministro de Administraciones Públicas, sobre los eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta con el fin de analizar los procedimientos y actuaciones que pueden posibilitar su transgresión y proponer las medidas que se estimen convenientes para asegurar la objetividad de las decisiones de la Administración y de las instituciones públicas. 2. El Consejo de Ministros, en el supuesto de que hubiere incumplimientos de los principios del código, adoptará las medidas oportunas*. Es pues palpable que, bajo la apariencia de una disposición sancionatoria, esta cláusula está garantizando en la práctica, si no la impunidad (dejemos cierto margen de maniobra al propio tiempo), al menos sí un cauce tan amplio para la discrecionalidad gubernamental como para hacer una sanción altamente improbable. De ahí que, en realidad, y por más que su tenor preconice justamente lo contrario, este Código de Buen Gobierno carezca de verdadero respaldo jurídico: no vale decir, como hace la propia exposición de motivos que a la postre todos los valores del Código tienen *su manifestación concreta en una norma que prevé la consecuencia jurídica de su incumplimiento*, pues de ser éste el caso, la consecuencia jurídica del incumplimiento será predicable de la quiebra de aquella norma, y no de la quiebra del valor del Código (o al menos no sólo de esta última). En síntesis, por más que su intención parezca ser otra, el Código de Buen Gobierno que nos ocupa es mucho más ético que jurídico, y por ello está mucho más llamado a persuadir e incentivar que a disuadir y sancionar»<sup>664</sup>. (García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en *El derecho a la buena Administración Pública*, Ob. Cit., Págs. 148-149).

<sup>665</sup> En definitiva, de eso se trata la ética pública. En palabras de Adela Cortina «una confianza no se logra multiplicando controles, sino reforzando los hábitos y las convicciones. Esta tarea es la que compete a una ética de la administración pública: la de generar convicciones, forjar hábitos, desde los valores y las metas que justifican su existencia» (Cfr. Cortina, Adela, *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Editorial Taurus, Madrid 1998, Pág. 218).

<sup>666</sup> Tal como lo declara en su «Exposición de Motivos».

**«Código de Buen Gobierno», no se había formulado el imperativo de «ejemplaridad» dirigido a los gobernantes.**

Recordemos que merced el principio de conducta cuarto se demanda a los altos cargos y miembros del Gobierno que en el ejercicio de sus funciones extremen «el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos». Pero no sólo esto, sino que esa ejemplaridad se predique «igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes». Claro está que el cumplimiento de la ley era una exigencia ya formulada directamente por el art. 9.1 de la CE y el art. 1 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, no obstante la nota de cumplir con «ejemplaridad» no había sido aún normativizada. Por tanto, tan sólo en el caso de este «principio de conducta» encontramos un contenido eminentemente ético, aunque carezca de un adecuado desarrollo que lo avale como «criterio orientador». Ahora bien, si el cumplimiento de la ley debe ser ejemplar; si a los altos cargos se les pide un plus de actuación que no se demanda a los ciudadanos, no se llega a comprender por qué motivos los parámetros de actuación para los casos de aceptación de regalos del «Código de conducta» de gobernantes y altos cargos son más permisivos que establecidos para los funcionarios. Veamos: el art. 53 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) exige a los empleados públicos respetar «la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico», sin calificar en nada cómo debe ser este cumplimiento, no hay un reclamo de «ejemplaridad». Luego, llegado el momento de asegurar su «integridad», el art. 54.6 establece como «principio de conducta» que han de rechazar «cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal». La paradoja radica en que, según leamos, el «Código de Buen Gobierno» pide a sus

«ejemplares» gobernantes y altos cargos que no reciban regalos cuando ellos «puedan condicionar el desempeño de sus funciones». Criterio del todo incoherente si se tiene en cuenta que el Código Penal –como se señaló– prohíbe a toda autoridad (gobernante, funcionario, alto cargo, etc.) recibir dádiva o regalo alguno, cuando el regalo es ofrecido en consideración a su función. Por su parte, el criterio orientador del «Código de Buen Gobierno» le reclama al alto cargo que cuando espontáneamente se le ofreciera un regalo, se pregunte, ante todo, si de aceptarlo se sentiría luego obligado, de cualquier manera, hacia el que complacientemente le hizo ese ofrecimiento, y por ello condicionado en su función. Por lo tanto, de no sentirse condicionado podría recibir el regalo. Sin embargo, el criterio orientador para el empleado público omite esa pregunta. Por tanto, lo único que debe hacer el empleado ante un ofrecimiento es evaluar si se trata de un regalo que no va más allá de los usos sociales y de cortesía. En suma, creemos que con su redacción inexplicablemente confusa, teniendo en cuenta el criterio clarísimo que sigue el Código Penal, lo que ha hecho este «Código de Buen Gobierno» es poner a disposición de la elite de la Administración un argumento disculpador de lo que no deja de ser un acto de corrupción<sup>667</sup>.

#### **3.2.4.2. Deber de poseer virtudes propias de una ética constitucional**

Más allá de la ejemplaridad en el cumplimiento de la ley que se reclama a los gobernantes y altos cargos, parece claro que no todo lo que «debe hacerse» [esto también

---

<sup>667</sup> Aunque tampoco concuerde con el Código Penal, más acorde con su prohibición se muestra, por ejemplo, el Decreto 148/2003, de 21 de agosto, de organización y funcionamiento de los Registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Sus artículos 16 y 17 disponen que todos aquellos obsequios o donaciones que perciban los Altos Cargos con motivo de las funciones propias de sus puestos, que tengan naturaleza de no fungibles y superen la cuantía de 240 euros, tomando en consideración el valor de mercado o, en su caso, el valor pericial que proceda, pertenecerán al patrimonio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

rige para los ciudadanos, como vimos] está recogido por el derecho. Como se ha dicho «es en el Derecho dónde encontraremos la definición clara de las reglas que establecen qué acciones son correctas y cuáles son incorrectas»<sup>668</sup>, pero no sólo allí. No se trata exclusivamente de resguardar la legalidad en la medida que comportamientos que podríamos calificar como corruptos no aparecen expresamente prohibidos por el orden jurídico<sup>669</sup>. **Nos preguntamos entonces aquí si los políticos, además de la ley (que deben cumplir de forma ejemplar) han de respetar otras reglas de conducta.**

Pues bien, efectivamente las normas que regulan los deberes o las conductas legítimas de los gobernantes [y de los aspirantes a serlo] no constituyen un conjunto preciso que defina claramente la línea que separa los comportamientos lícitos de los ilícitos. Junto a un área claramente negra formada por un grupo de conductas que pueden estar bien delimitadas y sobre las que recae un acuerdo general en torno a su indeseabilidad, hay una zona gris a la que se refieren los términos tales como *conflicto of interest*, *misconduct in office* o *unethical*, *improper* o *questionable behaviour*, cuyos contornos son muy imprecisos y de indeseabilidad discutida<sup>670</sup>. Entran aquí en juego las normas no jurídicas de naturaleza ética y con ello una gran dificultad: las normas de moralidad del político son de muy difícil

---

<sup>668</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política: un análisis desde la teoría de la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág. 95.

<sup>669</sup> De ahí que Bustos Gisbert desecha las aproximaciones al concepto de corrupción política centradas en la infracción a las normas jurídicas. «En este caso se entiende por corrupción, y en concreto corrupción política, el conjunto de comportamientos definidos como tales en las normas jurídicas. Esta perspectiva, sin embargo, parece insuficiente en la medida en que muchos comportamientos que podríamos definir como corruptos no aparecen expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico, incapaz de prever todas las variedades, o simplemente no están verdaderamente vigentes porque no es posible su aplicación en la práctica o su demostración en un juicio penal (*Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág. 77).

<sup>670</sup> Jiménez Sánchez, Fernando, *¿Cruzados o Fariseos? La complejidad de los escándalos políticos*, Revista Claves de la Razón Práctica, N° 45, 1994, Ed. Progres, Pág. 11. La conclusión es que dado que la determinación de la ilicitud de las conductas de los políticos no está fijada de antemano de una vez para siempre, sino que es un asunto en el que continuamente puede aparecer la controversia, la batalla por la opinión pública en que consiste el escándalo político se traduce en una lucha partidista entre los distintos sectores de las élites sociales que participan en la misma. Por esto mismo, el resultado del debate es abierto e incierto y, desde luego, trasciende a las propias características de la conducta que está en cuestión (Pág. 12).

objetivación. En líneas generales, se trate de gobernantes o ciudadanos, el problema que late tras la apelación a las normas morales de una sociedad es precisamente el de determinar qué puede exigirse éticamente en la esfera pública de una sociedad en concreto. Como ya tuvimos ocasión de exponer, en las sociedades liberales la moralidad de la sociedad no puede identificarse con un deber sacro ni tampoco con la moral una mayoría expresada por la opinión pública<sup>671</sup>. La «moral privada» [i.e. la moral de la esfera privada de cada individuo] del grupo mayoritario no debe constituirse en el patrón para juzgar la conducta de quienes participan en la esfera pública. Como señala Jiménez Sánchez, en una sociedad que pretenda ser una sociedad liberal, en la que la mayoría de sus miembros profesen la religión católica, los principios morales de esta fe no deben ser exigidos como tales a todo aquel que participe en la esfera pública del colectivo. La moralidad política que cabe exigir en las sociedades liberales es aquella que se deduce de las reglas básicas del juego político que exista en tales sociedades<sup>672</sup>. Concordando con ello, consideramos que lo exigible a los políticos en ejercicio de sus funciones no son (o no debieran ser) las normas de la moral social, que definimos como las que comparte la mayoría de la sociedad en su ámbito de la privacidad, sino aquellas que se desprenden del ordenamiento constitucional en su sentido amplio. **Esta ética o moral que llamamos «constitucional» abarca no sólo la carta constitucional, sino las leyes, usos que la complementan y, muy especialmente, los reclamos morales de los ciudadanos en la medida en que no contradigan aquel marco constitucional** No puede ser de otra forma pues la Constitución, con todos los

---

<sup>671</sup> Claro está que como afirma González Pérez «Una cosa es una ética pública no confesional y otra muy distinta que sólo sea relevante la conducta delictiva o la que ponga en peligro los caudales públicos y secretos oficiales. En toda sociedad existen unos estándares de conducta que el político y el funcionario deben respetar. Es cierto que tales estándares están sujetos a rígidos límites espaciales y temporales [...]. Pero, pese a todo, existe una conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas» (González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Ob. Cit., Pág. 68)

<sup>672</sup> Jiménez Sánchez, *¿Cruzados o Fariseos? La complejidad de los escándalos políticos*, Ob. Cit., Pág. 14.

valores que de ella se desprenden, es el parámetro objetivo de ética por excelencia dotado de legitimidad en tanto expresión de la voluntad general [arts. 66.1 y 2 CE]<sup>673</sup>.

Reclamar un actuar ético al gobernante tiene una funcionalidad del todo compatible con el sistema democrático<sup>674</sup>. Los excesos en el reclamo, es lógico, que conciten reacciones de rechazo que trae como causa disfunciones de la historia española inmediata. Pero no tiene por qué identificarse la ética con tradiciones mineralizadas, ello sería hacer un uso disfuncional de la moral, sin sustento en el contexto social y contrario al ordenamiento jurídico. **La clave de bóveda para la cuestión es hacer pasar a la escena pública una ética integrada al sistema constitucional; una ética que dialogue con la Constitución;** que obedezca a sus principios elementales de dignidad humana y pluralidad y que vaya en busca de un vida buena, digna y pacífica para las gentes que viven en sociedades altamente secularizadas. Si se trata es de evaluar a los gobernantes y altos cargos, tenemos que tener muy presente que la *última ratio* de toda responsabilidad política y, consecuentemente de cualesquiera de la formas de control político, no puede ser otra que la defensa y vigencia de los valores democráticos o constitucionales. **De tal suerte, inmediatamente después de sostener que es legítimo someter a los representantes políticos a una crítica moral [que no atienda exclusivamente a deberes previstos expresamente por el orden jurídico], nos apresuramos a decir que los parámetros a tener en cuenta en ese juicio son los que surgen del ordenamiento constitucional y de un proceso de debate público que atienda a los reclamos de toda la comunidad, siempre que pasen por el tamiz constitucional que es su referente.** Reconocemos que

---

<sup>673</sup> Precisamente, ésta fue una de las grandes conclusiones de las «Jornadas de ética pública» organizadas por el INAP en abril de 1997, al sostener que la Constitución «constituye el acervo ético común de todos los españoles». (INAP 1997, Pág. 134).

<sup>674</sup> De hecho, el Tribunal Constitucional ha dicho que en el caso de estas personas públicas, «su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de las personas privadas» (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5).

los valores que hacen a una «ética constitucional» no son fácilmente definibles, pero a pesar de ello, y como consecuencia del mandato representativo asumido, los profesionales de la política deberían buscarlos e identificarlos y, luego, convertirse en personificaciones de esa ética implícita vigente al mismo tiempo que configuradores privilegiados de ella. Configurarían esa ética con su actuar ejemplar generador de «buenas costumbres». **Los políticos deberían poder recrear un retrato del paradigma de lo que es ser ético en la sociedad que actúan y así «moralizar la política».** La forma de hacerlo es escuchar el intercambio de reclamos éticos de los ciudadanos que les permitan formarse una opinión de cómo se espera que ejerzan el poder en su nombre.

#### **3.2.4.3. Deber de asumir las responsabilidades comunes y políticas propias de su cargo**

Como tercer parámetro de comportamiento ético, tenemos que los gobernantes y demás altos cargos deberán asumir en caso de incumplimiento de la legalidad tanto las responsabilidades comunes [penales, civiles y administrativas] como políticas propias de su cargo. Pero, más allá de las infracciones al orden jurídico, también estarán sujetos a la responsabilidad política por su falta de ética. Hay una obligación de tributar la confianza otorgada por el Pueblo [de manera directa o indirecta] con una respetabilidad ética y estética: ser ético y devolver una imagen ética a los ciudadanos. Ahora bien, la diferencia, intensidad y mecanismos con que opera la «responsabilidad» será distinto según el caso. El resultado podrá ser la retirada de confianza, la dimisión, la afectación del prestigio profesional, que –incluso– podrá poner fin no sólo a su cargo, sino a su misma carrera política.



Encontrarse en la obligación de asumir responsabilidades es ponerse en una situación que llegado el caso y en un futuro, le permita rendir cuentas en cuanto le sean pedidas. Es estar en condiciones de demostrar públicamente el respeto al ordenamiento jurídico. Entre uno y otro tipo de responsabilidad derivada del incumplimiento del orden jurídico hay una marcada diferencia «procedimental». Como explica Bustos Gisbert, el alto cargo [destinatario de una confianza directa o indirecta] «debe estar en condiciones de demostrar públicamente ese respeto en cualquier momento (...) Está sujeto a una forma específica de enjuiciar políticamente la adecuación entre su comportamiento y el Derecho asentada en el principio de culpabilidad. Esto es, asentada en la obligación personal de demostrar en cualquier momento el compromiso con la defensa y el respeto del Derecho. El gobernante rendirá cuentas de una forma variada (jurídica, política y moralmente) y ante sujetos de los más diversos parlamento, partido, medios de comunicación –etc) y mediante los más variados mecanismos. Pero lo cierto es que cuando se enfrenta a un juicio político, ya sea ante el parlamento, ante el partido o ante la opinión pública, opera aquí una «presunción de culpabilidad consustancial a la confianza otorgada»<sup>675</sup>. Concluimos así que el gobernante ha de actuar de forma tal que se encuentre siempre en situación de poder demostrar públicamente el respeto a las normas. Este aspecto es crucial, y ya lo veremos en profundidad, en lo que respecta al manejo de sus propios asuntos patrimoniales. Teniendo la obligación de dar cuenta de la evolución de su patrimonio [Ley 5/2006] no podría colocarse en una situación que le impida acreditar el origen de sus bienes, aunque ello provenga de actos jurídicos lícitos. Un ciudadano común podría recibir una donación no formalizada, el alto cargo nunca. Veremos cómo esta especialidad procedimental, en cuanto se está juzgando una responsabilidad política, es operativa. Concretamente, en lo que respecta al tema específico, se explicará como al asumir el cargo el gobernante o alto cargo toma para sí un «deber institucional de pulcritud y transparencia» en sus actividades

---

<sup>675</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política...*, Ob. Cit., Pág. 102.

económicas y patrimonio. Si los hechos lo acusan, corresponde a él explicarlos y haber tomado el recaudo de poder hacerlo llegado el momento<sup>676</sup>.

En suma, debe entenderse entonces que, **cabe predicar de todo gobernante o alto cargo, que sabiendo la influencia de su ejemplo y consciente de que su poder se legitima por el otorgamiento de una confianza para representar intereses de la colectividad, sienta que su responsabilidad política trasciende las cuestiones meramente legales. El gobernante y aquellos que ocupan los puestos de elite de la Administración, están llamados a reformar el tenor de sus vida conforme las pautas de una «ética constitucional». Deberán aceptar sin resistencia el ser objeto de «escrutinio», es decir, el tolerar un examen público más estricto que el resto de los ciudadanos. Frente a los valores de esta «ética constitucional» está colocado en una especial situación de respeto.** La intensidad superior de su deber, el plus de corrección que se le reclama, es proporcional al alcance ampliado de su ejemplo y de su poder. Y si los parámetros para su juicio tienen esta amplitud, el gobernante o alto cargo debería dimitir cuando alguna actuación suya –no hay diferencia en este punto si del ámbito público o privado– desdice la confianza que motivó su hacerse con el cargo. La confianza que depositan los ciudadanos nace de un juicio global sobre la persona en la que habrán de depositarla<sup>677</sup>. Ellos llegarán a la conclusión de si se trata de una persona fiable y los parámetros objetivos que encontramos como exigibles a estos cargos son: el cumplimiento de la ley; la asunción de la responsabilidad política y el respeto a los valores que se desprenden del ordenamiento constitucional. No pensamos que estos reclamos pequen de pretender un santo antes que un buen gobernante. Aunque su formulación pudiera parecer en principio pretenciosa, fija un mínimo de corrección ética atento, sumamente atento, al

---

<sup>676</sup> Véase en la página 589, cuando se traten los controles que la Ley 5/2006 dispone durante el ejercicio de la función a gobernantes y altos cargos.

<sup>677</sup> Debe forjar con su biografía la imagen de un «ser» y «vivir» fiables. Atrae la confianza más lo que «es» que lo que «hace» (Cfr. Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Págs. 268-267).

espíritu de la época que se plasma en los reclamos sociales. Proponer con insistencia, como aquí hacemos, someter a los gobernantes a un test de moralidad a través de la crítica política, no se trata de volver a tiempos medievales, sino de democratizar la vida política. «Cuando el político actúe desde valores y pautas morales, que no estén juridificados, pero que están asumidos por una mayoría, su política será sin duda más democrática. Dejar la política al margen de toda moral o reducida al puro control jurídico es meterla en un cierto proceso de irracionalización o de peligrosa confianza en la fuerza taumátúrgica de las normas jurídicas. La moral [no una moral pantónoma, absoluta e impuesta] como expresión de ideales sociales de un pueblo que quiere ir más allá de sus leyes puede jugar un papel positivo, crítico y utópico en la humanización de las relaciones sociales»<sup>678</sup>.

Todo lo expuesto nos conduce a afirmar la existencia de la situación descrita por Bustos Gisbert: si algo demuestra la realidad española de los últimos años es que las normas de conducta de los gobernantes no están claramente identificadas y que la responsabilidad política de los gobernantes no se mide en términos de rendición de cuentas, sino en puros términos de apoyo numérico a la confianza de un gobernante<sup>679</sup> y que «el código de conducta de un gobernante español es el código penal».

#### **3.2.4.4. La moralización de la política como superación de la corrupción política**

La infracción del deber institucional de ser un servidor público ético coloca al agente en el terreno de la «corrupción política», y lo hace pasible, por tanto, de responsabilidad política. De este modo vinculamos la corrupción política con la falta de

---

<sup>678</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, en «La Corrupción política», Laporta-Alvarez (eds), Ob. Cit., Pág. 134.

<sup>679</sup> Bustos Gisbert, *La corrupción política...*, Ob. Cit., Pág. 104

ética o moral<sup>680</sup>. En efecto, para López Calera, «toda corrupción política es una inmoralidad política que dice más de la inmoralidad de los políticos que del uso del poder desviado»<sup>681</sup> y, para García Mexía, la responsabilidad política [siempre sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y patrimoniales que pudieran derivarse] es el principal mecanismo represor de los actos contrarios a la ética administrativa en que los cargos políticos incurran<sup>682</sup>. Cada sociedad política tiene experiencias propias y normas morales propias para someter a juicio a sus políticos. La opinión pública va dando algunas «pistas» de lo que éticamente se espera de los gobernantes, por esto, la importancia de la moralización de la política como superación de la corrupción política [no de la simple delincuencia de los políticos] reside en que puede ser una vía positiva para alcanzar una mayor sintonía entre representantes y representados y también para buscar una vida social más razonable y no sólo simplemente más justa. Lo que esta moralización parece exigir a

---

<sup>680</sup> Conforme la propuesta de Bustos Gisbert, una forma de aproximación útil para el análisis jurídico de la corrupción política (y desde la teoría y realidad constitucional) procede de la Economía y de la Sociología. El enfoque consiste en la aplicación de modelos de análisis sustentados en la relación principal-agente, que toma de Gambetta<sup>680</sup>. Así, en el caso de la corrupción política hay un sujeto principal [T] que transfiere la confianza política (*trust*). En ocasiones es un sujeto colectivo (el pueblo en elecciones o los miembros de una cámara parlamentaria o un ente representativo o deliberativo) y en otras ocasiones es un sujeto individual que designa a alguien para colaborar en la gestión de intereses colectivos, pero que en alguna medida está a su vez sujeto a una relación de confianza con terceros (por ejemplo, un Ministro está sujeto a la relación de confianza establecida con el presidente del gobierno, que a su vez está sujeto a una relación de confianza con el Congreso de los Diputados, cuyos miembros están sujetos a otra relación de confianza el cuerpo electoral). De esta forma, en todo sistema democrático encontraremos como sujeto último que confiere la confianza (*trust*) al pueblo, si bien ésta se extiende a través de una cadena de confianzas más o menos larga a todos los sujetos que ejercen cargos públicos y que se convierten, de este modo, en fiduciarios directos o indirectos del pueblo. En este esquema existirá corrupción política cuando un político, que gestiona intereses como consecuencia de una relación de confianza (*trust*) reconducible al pueblo, directa o indirectamente, quebranta las normas de conducta establecidas por aquél, o por quien directamente le otorgara la confianza, para obtener un beneficio personal como consecuencia del precio pagado por un tercero corruptor. En suma, la corrupción política es, desde una óptica jurídica-constitucional, es la traición, normalmente mantenida en secreto, del *trust* popular otorgado (directa o indirectamente) a los gobernantes mediante la ruptura de las reglas reguladoras de esa relación debido al interés de obtener un beneficio otorgado por un tercero. Por ello, acepta Bustos la conclusión de Nieto en cuanto sostiene que la **corrupción política no es más que la culminación de la ruptura del vínculo de fidelidad que une a gobernante y gobernados** (Cfr. Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la ética constitucional*, Ob. Cit. Págs. 79-84). Se cita Nieto, A. *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Madrid, 1997, Pág. 277).

<sup>681</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia, nueva tesis sobre la corrupción política*, en «La corrupción política» Laporta-Alvarez editores, Ob. Cit., Pág. 120.

<sup>682</sup> García Mexía, Pablo, *La ética en la Administración Pública*, Ob. Cit., Pág. 33.

los políticos, por la vía de la crítica pública, es que sintonicen más con valores e ideales sociales que no han sido recogidos por las normas jurídicas, pero que sirven a una mayor eficacia del ordenamiento jurídico y para crear unas condiciones más favorables de convivencia política. En opinión de López Calera, este tipo de «moralización común» de la vida política, una moralización sin duda muy ingenua, sería algo así como un ejercicio de «democratización no jurídica» de la vida política. En este sentido «ser moral» significaría «ser más democrático; sintonizar mejor con las exigencias morales [no jurídicas] que derivan de los modelos de praxis social [sectoriales y globales] mayoritariamente compartidos y que no pueden contenerse lógicamente y razonablemente dentro de un ordenamiento jurídico<sup>683</sup>. Volvemos así, una vez más, a las palabras de Pitkin: un gobierno representativo debe ser «sensible» ante el Pueblo, de forma tal que los gobernados sean capaces de acción y juicio, capaces de iniciar la actividad gubernamental; mostramos a un gobierno representativo no demostrando el control que tienen sobre sus súbditos, sino justamente al revés, esto es, demostrando que sus súbditos tienen el control sobre lo que se hace<sup>684</sup>. El camino más razonable para responder a esa exigencia social de una cierta moralización de la vida política es demandar a los políticos una mayor «sensibilidad democrática» que les orientará cómo deben actuar más allá de lo que las leyes exigen y de acuerdo con que quiere su pueblo. Hay un camino relativamente claro para saber cuáles son esas exigencias morales de la ciudadanía: escuchar las críticas y los deseos que, en una sociedad democrática y pluralista, va manifestando aquella, bien directamente, bien por medio de instituciones públicas, movimientos sociales, asociaciones privadas, medios de comunicación social, etc. Esas críticas políticas formularán, frecuentemente en términos de «deber ser» [exigencias morales], lo que los políticos han de hacer más allá de las estrictas exigencias jurídicas. Cuando los políticos no hacen lo que «deben» moralmente hablando

---

<sup>683</sup> López Calera, Nicolás, *Ibidem*, Págs. 123-127.

<sup>684</sup> Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Ob. Cit., Pág. 249.

reciben su «castigo» a través de una cierta «deslegitimación» que puede consistir, en última instancia, en recibir menos votos en unas próximas elecciones.

## **CAPÍTULO III**

*El derecho a la intimidad de los altos cargos*





## 1. **La imposible renuncia de sus derechos fundamentales**

Si pensamos el derecho a la intimidad desde su clásico enfoque, como derecho al secreto; a ser desconocido; a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos; y por el que se veda que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada; podría arriesgarse que el alto cargo al asumir su rol institucional decide –al menos implícitamente– renunciar a la protección de su privacidad.

No faltaría razón pues:

**i) El alto cargo no tiene derecho a no ser molestado.** No puede rechazar cualquier intromisión sobre el ámbito de su intimidad. Ciertos aspectos de su privacidad serán accesibles al público en general y podrán ser objeto de información masiva y crítica, aún cuando ello le resulte molesto o lo inquiete.

**ii) El alto cargo no tiene derecho a ser desconocido.** No puede decidir quiénes, cuándo y hasta dónde pueden conocer de su intimidad. Cualquier ciudadano está facultado para reclamar información sobre sus actividades económicas, sobre las que tuvo, las que tiene y las que tendrá tras cesar en la función pública.

**iii) El alto cargo no tiene derecho a autopresentarse ante los demás.** Tampoco puede decidir qué aspectos de su vida personal pueden trascender a terceros. Es lícito que los gobernados sean informados sobre todos aquellos episodios y características de su personalidad que de forma inmediata y directa afecten realmente o puedan llegar a afectar el desempeño que hace de su función.

Una ley específicamente a él dirigida, en atención a sus especiales deberes institucionales, así lo dispone. Sin embargo, esta idea de que el alto cargo no posee

intimidad, indudablemente, está expresada con excesiva energía y reclama una graduación proporcional.

Mal puede pretenderse para el político la utopía de «la casa de cristal» en la que Breton ansiaba vivir<sup>685</sup>. Una vida de total transparencia es, aún para las personas públicas, una equivocada idea del totalitarismo y responde a su antiquísimo sueño de un mundo en el que todos viven en armonía, unidos en una sola voluntad y una sola fe comunes, sin guardarse ningún secreto unos a otros. Muy por el contrario, la experiencia que tenemos de la necesidad de intimidad y del pudor nos dice que esa clase de vida no debiera ser realizable.

Gobernantes y ciudadanos bien sabemos que la mirada ajena, y el juicio que lleva consigo, pueden resultar opresivos. **Pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan y una forma de evitar ese juicio es que los otros no sepan lo que hacemos**<sup>686</sup>. No le falta razón, entonces, al literato cuando opina que actuar de un modo distinto en privado y en público es la experiencia más evidente de cada uno y que, en todo caso, el respeto de esa diferencia entre lo privado y lo público es la condición sine qua non para que un hombre pueda vivir como un hombre libre<sup>687</sup>. El sistema de cabina electoral es una buena prueba de ello: la gente no vota

---

<sup>685</sup> «Vivir en una casa de es la virtud revolucionaria *par excellence*. Es una ebriedad, un exhibicionismo moral» (Cfr. Benjamin, Walter, *Iluminaciones I*, Ed. Taurus, Madrid, 1998, Pág. 47).

<sup>686</sup> García San Miguel, Luis, *La intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, García San Miguel (ed.), Madrid, 1992, Págs. 18-19.

<sup>687</sup> Kundera, Milan, *Los testamentos traicionados*, Tusquets Editores S.A., Barcelona, 1994, Pág. 272-274. «Una vieja utopía revolucionaria, fascista o comunista: la vida sin secretos, donde vida pública y vida privada no sean más que una. El sueño surrealista de Breton: la casa de cristal, casa sin cortinas en la que el hombre vive a la vista de todos. ¡Ah, la belleza de la transparencia. La única realización lograda de este sueño: una sociedad totalmente controlada por la policía». Así reflexionaba Kundera sobre una de sus novelas, *La insostenible levedad del ser*: «...Jan Prochazka, gran personalidad de la Primavera de Praga, se convirtió, después de la invasión rusa en 1968, en un hombre sometido a estrecha vigilancia. Frecuentaba por entonces a otro gran opositor, el profesor Václav Cerny, con el que gustaba beber y hablar. Todas las conversaciones eran grabadas en secreto y sospecho que los dos amigos lo supieron y les dio igual. Pero un día, en 1970 o

libremente cuando los demás saben lo que vota. Ya se argumentó suficientemente a lo largo del primer capítulo que todos los hombres necesitan disfrutar de cierto grado de intimidad. El hecho de que se reconozca como fundamental el derecho a poseer una intimidad elegida responde, precisamente, a esta necesidad del ser humano de acotar un ámbito a salvo de injerencias de terceros, sean personas públicas o privadas<sup>688</sup>. Por tanto, siendo la intimidad esencial para mantener una calidad mínima de vida, toda renuncia a ella es impensable<sup>689</sup>.

---

1971, queriendo desacreditar a Prochazka, la policía difundió estas conversaciones en forma de radionovela. Por parte de la policía era un acto atrevido y sin precedentes. Y, hecho sorprendente, estuvo a punto de lograrlo; de entrada, Prochazka *quedó* desacreditado porque, en la intimidad, se dice cualquier cosa, se habla mal de los amigos, se dicen palabrotas, no se es serio, se cuentan chistes de mal gusto, repite uno, se entretiene al interlocutor diciéndole enormidades que le choquen, se tienen ideas heréticas que no se confiesan públicamente, etc. Por supuesto, todos actuamos como Prochazka, en la intimidad calumniamos a nuestros amigos, decimos palabrotas; **actuar de modo distinto en privado y en público es la experiencia más evidente de cada uno, el fundamento sobre el que descansa la vida del individuo; curiosamente esa evidencia permanece como inconsciente, no confesada, incesantemente ocultada por los sueños líricos sobre la transparente casa de cristal, y es pocas veces entendida como el valor de los valores que hay que defender.** Tan sólo de manera progresiva (pero con un furor cada vez mayor) la gente se fue dando cuenta de que el verdadero escándalo no eran las palabras atrevidas de Prochazka, sino la violación de su vida; se dio cuenta (como tras un impacto) de que **lo privado y lo público son por esencia dos mundos distintos y que el respeto de esta diferencia es la condición *sine qua non* para que un hombre pueda vivir como un hombre libre;** que la cortina que separa esos dos mundos es intocable y que los que arrancan las cortinas son criminales».

<sup>688</sup> Català i Bas, Alexandre, *La calidad de vida como integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad*, Revista General de Derecho, Núm. 670-671, julio-agosto, 2000, Pág. 9177.

<sup>689</sup> Conviene diferenciar el concepto de «renuncia» del de «autorización». Díez-Picazo y Gullón [*Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 343], entienden que en realidad la autorización es una renuncia a la protección legal, lo que no concuerda plenamente con las características generales que a estos derechos se asignan. De acuerdo con esta idea, habría que admitir que la Ley al tiempo que declara la nulidad de la renuncia admite también su validez, lo cual constituiría una evidente antinomia (...). **Entendemos que la renuncia siempre es nula.** Por lo tanto, la validez de la autorización no puede suponer la validez de la renuncia, de otro modo, se estarían confundiendo dos instituciones que, aunque tengan zonas concomitantes, son distintas. **Autorización y renuncia**, por incidir ambas sobre la acción de protección, serían como dos círculos secantes pero distintos. En un plano puramente conceptual, autorización y renuncia, **son dos ideas incompatibles entre sí** porque la autorización evita la ilicitud y, por ello, no nace la acción para defenderse (de nada), no hay ningún objeto al que se puede renunciar; por el contrario, en el caso de la renuncia, se hace dejación de la acción ya nacida como consecuencia de la ilicitud, pero todas las demás consecuencias jurídicas de la ilicitud se producirán, siendo posible, por ello, frente a la intromisión, por ejemplo, la legítima defensa, la acción inhibitoria, el ejercicio de la acción penal, etc. Por otra parte, **la autorización, al conllevar la posibilidad de revocación, por la cual revive la ilicitud, permite hacer rebrotar la acción, mientras que la renuncia implica la definitiva desaparición de la acción. En definitiva, puede afirmarse que, mientras la autorización suprime la ilicitud, la renuncia no; mientras que la autorización es válida, la renuncia es nula**». También cabe mencionar que la «autorización» siempre es revocable (Art. 1.3 Ley Orgánica 1/1992): «el consentimiento no constituye contrato vinculante y es, por consiguiente, revocable, tanto respecto de los derechos al honor, a la intimidad, como respecto al derecho a la propia imagen. Ahora bien, puede

**La consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, nunca puede consistir en una renuncia total a la vida privada**<sup>690</sup>. Hay un límite al poder de disposición del derecho, un límite a los «propios actos» y a la autodeterminación. El ordenamiento jurídico no puede permitir, ni aun cuando ello responda a una decisión espontánea de su titular, la renuncia o disposición de los derechos a la personalidad; «no puede admitir conductas que agredan la dignidad humana o que impidan el libre desarrollo de la personalidad»<sup>691</sup>. De tal suerte, si bien es cierto que las posibilidades de autodeterminar el contenido de su derecho son mucho más escasas en los sujetos públicos<sup>692</sup>, ello no impide que, al igual que el resto de los ciudadanos, guarden para sí la facultad de decidir cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a

---

plantearse la cuestión de que una persona pretenda ir más allá con ese consentimiento y además de tolerar la intromisión quiera hacer nacer una obligación. Si tenemos en cuenta lo afirmado anteriormente, la respuesta, desde la perspectiva de la propia Ley, ha de ser negativa ya que el efecto que contempla la misma no es éste, sino que es simplemente el de un permiso, un mero acto de tolerancia para la intromisión, generador tan sólo del efecto disolvente de la ilicitud, pero **no el nacimiento de la obligación de soportar la intromisión, con el correlativo derecho a realizarla**. De todas formas, cualquier atisbo de duda que pudiera dejar dicha conclusión entendemos se desvanece si tenemos en cuenta que la voluntad del sujeto encaminada a la creación de una obligación con cargo a cualesquiera de los tres derechos sería contraria a los límites establecidos para la autonomía privada en el art. 1255 del CE: la ley, la moral y el orden público. En primer lugar, sería contraria a la ley por contravenir: 1) el art. 10. 1 de la CE, toda vez que la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores que quiere proteger el arto 10.1, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, degradaría la posición institucional de la persona como centro de nuestro ordenamiento jurídico; y 2) el art. 1. 3 de la propia ley del 82, pues vulneraría el principio de irrenunciabilidad de los derechos que en el mismo se establece» (Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ob. Cit., Pág. 160).

<sup>690</sup> Se sostiene que «tampoco la reducción del ámbito de lo privado de la persona pública puede tener una configuración ilimitada» (Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Ob. Cit., Págs. 210-211).

<sup>691</sup> Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Ci., Pág. 52. Así lo indica la Ley y, a más de ello, conviene recordar que tempranamente el Tribunal Constitucional se ha mostrado tajante al declarar que los derechos fundamentales son irrenunciables (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 15).

<sup>692</sup> «Una persona privada, en sí misma y en su actividad, tiene una intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos, éstos tienen el derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos. Si son falsos, la persona tendrá la protección del derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina –es decir disminuye– en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta –por razón de su actividad política– a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar» (O’Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Ob. Cit., Págs. 90-91).

su propia vida cuando éstas no revistan «interés público». En esos casos, la «autodeterminación informativa» sólo tendrá por objeto de decisión aspectos de la vida privada que no se vinculan con la gestión del poder público. En lo que respecta a los temas que no revisten interés público, el alto cargo, como toda «persona pública», sigue acaparando una intimidad en el sentido de cierta idea de «inmunidad» para ejecutar decisiones personales. Es este el núcleo duro de su derecho y sólo en esta esfera tendrá el derecho a determinar cómo y en qué medida puede comunicar a los otros información sobre sí mismo.

**Que hay límites y no renuncia al derecho a la intimidad, es una afirmación no cuestionada.** Por tanto, recurriendo a la casuística, este tercer capítulo se va a ocupar de estos límites, esto es, de la especial modulación del derecho a la intimidad cuando su titular es un gobernante o alto cargo. Pero más allá de particularizar en qué casos son legítimas ciertas y concretas injerencias, lo que se pretende es dejar expuesta una argumentación adecuada que justifique jurídicamente la posibilidad de que tales injerencias operen. Aquí radica la dificultad.

Suele ocurrir que como verdad axiológica se afirma que el ingreso a la función pública provoca desigualdad<sup>693</sup>; que los gobernantes encuentran limitado el ejercicio de sus derechos fundamentales, en especial la intimidad, honor y propia imagen, de una manera que no se da en el caso de que esos derechos sean ejercitados por el resto de los ciudadanos. Y, de alguna forma, estas postulaciones no carecen de razón pues el propio

---

<sup>693</sup> En este sentido conviene recordar que según tiene dicho el Tribunal Constitucional «en el principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma pasa por que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009 2009, 45, FJ 4). Asimismo, según la STC 45/2009, F.J. 4, el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma) (Cfr. STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4)». También en Alonso García, Enrique, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, Revista de Administración Pública Núm. 100, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Tribunal Constitucional tiene dicho que «**el ciudadano y el funcionario no están, sub specie iuris, en la misma situación**»<sup>694</sup>. Se entiende –doctrina y jurisprudencia así lo ven– que desde que una persona se incrusta en la organización del Estado y, consecuentemente, se convierte en una «persona pública», ya no puede albergar la expectativa de ser igual al resto de los miembros de la colectividad<sup>695</sup>. Pero, en todo caso, el diferente tratamiento que se le va conceder debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

---

<sup>694</sup> STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 5. Al resolver sobre la constitucionalidad del art. 89 de la Ley General Tributaria, se dijo «Ciudadanos en general y funcionarios o profesionales oficiales que, por razón de su cargo tienen determinados deberes de colaboración con la Administración tributaria no están *sub specie iuris* en la misma situación, siendo por ello razonable que el legislador recoja esta diferencia para dar un tratamiento sancionador distinto a las infracciones tributarias que unos y otros cometan. Lo que se sanciona con la suspensión de funciones no es tanto el quebranto económico derivado de la infracción tributaria, cuando ésta sea cuantificable, que a ello atiende ya la multa que también se impone a aquellos funcionarios o profesionales oficiales, sino la infracción del deber de colaboración con la Administración tributaria y, en concreto, la infracción de las obligaciones señaladas en los Núms. 4, 5 y 6 del art. 83 de la LGT. Una sanción ésta, la de suspensión, que es en cierto modo accesoria a la de multa en tales supuestos, pero que no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que **el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria**. Así entendiendo el art. 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 de la Constitución».

<sup>695</sup> Ya dijimos que «Conviene recordar que, conforme el artículo 14 de la CE, los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que lo que persigue este precepto es que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas, por lo que puede concluirse que **la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia**. Por esto diremos al analizar la modulación del derecho a la intimidad en el caso de los altos cargos que nos enfrentamos a desigualdades, es decir, a diferencias» (art. 14). Véase en la nota N° 21.

## 2. Teorías que justifican intromisiones en la intimidad de los altos cargos

Para exponer los objetivos de este apartado, comenzaremos por recordar que el objeto de esta tesis es analizar los sacrificios que, en el derecho a la intimidad, el orden jurídico exige soporten aquellos que ocupan la elite de la Administración y, más específicamente, la modulación que en aquél derecho provoca la Ley 5/2006 de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado. En este designio se analizaron ya los argumentos y criterios de interpretación que la doctrina y la jurisprudencia nacional utilizan al estudiar los límites a los derechos fundamentales de las personas públicas. **Un primer hallazgo fue que, en especial la doctrina, suele desarrollar su esquema de argumentación a partir de una premisa central: quien voluntariamente, o por sus propios actos, elige dedicarse a la gestión del poder público, a causa de esta libre y espontánea elección, debe asumir un ámbito de protección menor en sus derechos de la personalidad. Observamos así como para la generalidad de la doctrina, es la opción misma de dedicarse al «servicio del interés general» la razón que justifica las injerencias.** Nos interesa cuestionar este razonamiento, no por considerarlo incorrecto, sino a causa del **inmerecido papel decisivo que se adjudica a la voluntad del titular del derecho fundamental.** Daremos nuestras razones de por qué no puede ser nunca la voluntad de quien accede al alto cargo la que convierte en legítima la injerencia que se le exige soporte en su intimidad, al menos cuando la limitación en cuestión proviene del poder público. En este caso, otra voluntad que no es la del propio agente se impone y vuelve irrelevante su plácet. Llamamos la atención sobre este tipo de justificación de legitimidad, aún cuando podría parecer que al hacerlo se es excesivamente meticuloso, porque de tomarlo por válido estaríamos aceptando que sólo el consentimiento del titular del derecho hace legítima la intromisión.

Y, en un paso argumental posterior, podríamos llegar a concluir –equivocadamente– que *«entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada»*<sup>696</sup>.

La facultad de diseñar los contornos del propio derecho a la intimidad y honor y el reconocimiento cada vez más amplio de un espacio para ejercitar su libertad hacen al fundamento de la democracia, pero cuando se ponen en escena otras importantísimas instituciones, también democráticas, tales como la responsabilidad política y la rendición de cuentas, puede que la voluntad del sujeto debe ceder su lugar protagónico.

En las páginas que siguen vamos a justificar por qué **el hecho de que un ciudadano haya resuelto voluntariamente «saltar a la arena política» (o pública), no puede nunca ser razón suficiente o «pieza clave» para legitimar limitaciones a su intimidad**<sup>697</sup>. Pero téngase en cuenta también que no sólo nos impacienta el lugar privilegiado que se le da al argumento, sino la poco apropiada connotación que provoca el uso de semejante metáfora.

**La fórmula retórica «arrojarse a la arena política», a fuerza de ser repetida, ha dejado instalada en la opinión pública [al menos así lo apreciamos reconociendo todo el peso de nuestra subjetividad] un concepto de intimidad y honor de las personas públicas devaluados. Sugiere –no logramos encontrar otra comparación tácita distinta– que un político electo al asumir su cargo se traviste en una especie**

---

<sup>696</sup> Tal es la afirmación de Pablo García Mexía (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 192).

<sup>697</sup> Para Muñoz Machado la incorporación a la arena pública es un acto, por lo común voluntario, en el que debe ir implícita la aceptación, en un sistema democrático, de someterse a un escrutinio más directo y estrecho de los medios de comunicación (Libertad de prensa y procesos por difamación, Ob. Cit., Pág.153). **El propio Tribunal Constitucional ha dicho que el hecho de que «el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión a la intimidad que implica la figura pública» «no puede ser entendido tan radicalmente»** (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 4).



de gladiador participante de una lucha frente a bestias que le ganan en tamaño y ante las que se encuentra completamente desprotegido o, al menos, sin otra defensa que sus propias fuerzas. Tal es el paisaje al que nos remite y, por ello, nos permitimos opinar que el «tropo» de un coliseo romano puede que no sea el más adecuado para hablar de instituciones democráticas<sup>698</sup>. Este, como su argumento hermanado, de que «quien juega con fuego se acaba quemando» [dicho británico, utilizado por sus tribunales *those who play at bowls must expect rubbers*] puede que defina una postura, que cierre una fundamentación o que con él se dé por concluida una discusión, pero nunca resolverá equitativamente un problema como el que aquí planteamos.

García Ferrer defiende expresamente este «principio» que, a su criterio, «sugiere que una conducta libre y voluntariamente elegida, seguramente producirá una consecuencia negativa que la persona debe soportar», por lo que «no reconocer su eficacia pudiera interpretarse como una forma de proteger especialmente a quien asume voluntariamente ciertos riesgos»<sup>699</sup>. Y aunque comprendemos que su opinión no sería nunca extrema, consideramos que en rigor implica una postura inconveniente. **La afirmación «quien**

---

<sup>698</sup> Conforme lo declarado por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª, A de 17 de febrero de 2009 «No es demasiado difícil entender que existe un determinado campo de relaciones humanas en el que las calumnias y las injurias deben ser contempladas a través de un prisma muy específico. Nos referimos al campo de la política y de los políticos. De la crítica política y de las armas que los contendientes en la **arena política** utilizan entre ellos y contra ellos, de modo universal, cotidiano, y comúnmente admitido (...) Ya hemos dicho en otro lugar y ocasión, muy similares al que ahora nos ocupa, que no puede hablarse de delito teniendo en cuenta el marco en que se producen las declaraciones. Y con esto entramos en el segundo de los factores a tener en cuenta a la hora de calificar los hechos: aquellas –las declaraciones– tienen lugar en el seno del debate político, en el cual el listón de las buenas maneras, de la educación y del respeto, se rebaja considerablemente. **Es incluso usual sustituir el término *debate* por la palabra *lucha*, y así se leen y se oyen todos los días y a todas horas en los medios de comunicación noticias en relación con la *lucha* política del partido A contra el partido B. Esto nos da idea de la violencia verbal que preside tantas veces la controversia política. Es lamentable, pero así es.** Y esto, como es una realidad social, y como el Art. 3.1 del Código Civil nos enseña que las normas jurídicas se interpretarán en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conduce a la Jurisprudencia a matizar cuidadosamente el alcance de las injurias y calumnias cuando se esbozan, vierten o emplean entre personajes públicos, y en relación con sus actividades públicas. Nos dice la doctrina del Tribunal Constitucional que en estos ámbitos no prevalece el propósito de vilipendiar, sino de criticar (sentencia de 9 de mayo de 1994). La sentencia del mismo Tribunal de 27 de junio de 2001 ampara esta crítica política incluso cuando, trascendiendo de lo público, incide en las actividades privadas de la persona pública».

<sup>699</sup> García Ferrer, Juan José, *El Político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 155.

**juega con fuego se acaba quemando», bien leída, es tan absoluta en su formulación, sin matiz ni límite, que anula todo intento de defensa de aquel sujeto que eligió libremente. La capacidad de autodeterminación de este individuo ya no es un bien, sino la causa de un castigo, incluso injusto.** La experiencia demuestra que esta puede ser su consecuencia práctica. Precisamente, llamaba la atención Fayos Gardó sobre la inoportunidad de la cita del tabloide inglés *The Daily Mirror* del 3 de agosto de 2001 cuando publicaba «Si Naomi Campbell quiere ser una monja, que se le acepte en un convento. Si lo que quiere es la excitación de la vida del espectáculo, debe asumir lo que venga del mismo», esto tras tomar conocimiento que la modelo los había demandado por hacer público el hecho de que estaba siendo sometida a un tratamiento para curar su drogodependencia y por publicar determinadas fotografías donde aparecía abandonando una reunión de Narcóticos Anónimos, lo que parece dejar la cuestión en el terreno del «todo vale» y someter la vida de personas públicas o de proyección pública abiertas a cualquier tipo de escrutinio<sup>700</sup>. La idea, incluso su sola sugerencia, de que el hombre público no tenga vida privada resulta del todo inaceptable<sup>701</sup>.

Toda esta retórica de frases hechas, que se cuela casi invariablemente en los discursos sobre la intimidad de las personas públicas y en especial de los políticos, no es eficaz. Por lo tanto, habrá que ir progresivamente desbrozando el camino de los lugares comunes, cuestionar y revisar los argumentos utilizados. Con este objetivo, analizaremos las teorías jurídicas empleadas para explicar la especial modulación de los derechos de la personalidad y otros derechos fundamentales de los servidores públicos. Al evaluarlas vamos a prestar especial atención a la gravitación que ellas adjudican a dos voluntades

---

<sup>700</sup> Cfr. Fayos Gardó, Antonio, *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista para el análisis del derecho, InDret 4/2007, Barcelona, 2007.

<sup>701</sup> García San Miguel, Luís, *Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 23.

distintas: la del individuo que decide trabajar por lo público, y la del Estado que propende a la protección de lo público. Es así como, centrando la atención en la decisión de quien asume la arriesgada profesión de la política, se hablará de la «doctrina de los propios actos» [o los «propios actos», tal como refiere la Ley 1/1982]. Por otro lado, tomando como relevante la voluntad del Estado en su fin de servir con objetividad a los intereses generales, nos ocuparemos de las «relaciones de sujeción especial». Definitivamente, una y otra teoría, ya sea entre líneas o de modo expreso, terminan por aparecer las más de las veces que se plantea el tema.

## 2.1. La doctrina de los propios actos<sup>702</sup> y el «propio acto» de la asunción voluntaria de un riesgo.

Para resolver limitaciones en los derechos de la personalidad, se ha considerado como de extraordinaria importancia el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos»<sup>703</sup>. De hecho, alguna doctrina nacional identificó el enunciado de la Ley Orgánica

---

<sup>702</sup> En el derecho inglés, la figura es conocida bajo la denominación de «**estoppel**», que impide a los sujetos de la relación procesal formular un reclamo que se encuentre en contradicción con pedidos o alegaciones anteriores, siéndoles imposible negar y/o producir prueba sobre situaciones fáctico jurídicas ya establecidas como verdaderas. A su vez, el «**vetwirkung**» del ordenamiento jurídico alemán, parte de la premisa que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerla valer y, con su actitud omisiva, ha dado lugar a que el adversario de la pretensión pueda esperar, fundada y objetivamente, que el derecho no se ejercitará.

<sup>703</sup> La extraordinaria relevancia de la teoría de los «actos propios» es destacada por Clemente García García (*El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., Pág. 141). «Hay una cuestión previa que (...) merece reseñarse específicamente. Se trata de la trascendencia de los llamados **«actos propios» de la persona como determinantes de la protección que ha de merecer**, al menos el «ámbito» que quiera mantener protegido. Es decir, la persona tiene reconocida una cierta facultad para configurar su intimidad, honor e imagen en relación con «los usos sociales» que concurren en cada momento, conforme a la Ley O. 1/1982, excluido, naturalmente, los casos en que el consentimiento de la persona sea quien derrumbe las barreras de protección, o los usos sociales le hagan más vulnerable. En todo caso hay un reconocimiento a la autonomía o libertad de cada persona para delimitar el ámbito de protección tanto individual como familiar, lo que, sin duda, le hace más débil frente a los ataques exteriores (...). De aquí la trascendencia de que de manera terminante e inequívoca pueda obtenerse la interpretación de la voluntad de la persona, es decir, la exigencia de que se trate de «actos concluyentes» y «explícitos». Aspecto éste que ha sido criticado en el sentido de que genera inseguridad jurídica y arbitrariedad. De otra parte, se denuncia la confusión que produce el hecho de si ha de tenerse en cuenta la «conducta anterior» o tan sólo la mantenida en el momento que se enjuicia. Se advierte con ello

1/1982 «propios actos» [en cuanto dispone que «la protección civil del honor, intimidad y propia imagen quedará limitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia» –art. 2.1–] con el principio de derecho utilizado en el ámbito de la voluntad negocial conocido como «doctrina de los actos propios». Bien empleado aquí el verbo «identificar», pues lo cierto es que con esta operación dos cosas distintas aparecen y se consideran como una misma<sup>704</sup>, cuando no resulta exacto, en tanto y en cuanto, más allá de utilizar similares términos, el enunciado de la ley y la doctrina actúan en ámbitos jurídicos diversos: los «propios actos» referidos por la Ley 1/1982 tratan de una cuestión de orden público [i.e. derechos fundamentales]; la «doctrina de los propios actos», en su formulación original<sup>705</sup>, se ocupa de relaciones regidas por el derecho privado. Así, por ejemplo, para Grimalt Servera con la referencia a los «actos propios» lo que pretende la ley orgánica 1/1982 es proteger la confianza que el titular de los hechos ha generado en terceros<sup>706</sup>. La idea –que es un fiel desarrollo de la postulación clásica de la doctrina– sería la siguiente: quien tolera intromisiones en su vida privada de forma habitual, suscitando en los terceros la confianza razonable de una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede después sorprendernos exigiendo un respeto como si tal esfera fuera distinta. Frente a una determinada situación o conducta de una persona los actos anteriores o coetáneos

---

una cierta relativización del «contenido esencial» del art. 18.1 CE, aunque, en todo caso habrá de atenderse al «hábito» y «repetición» de la conducta sin perjuicio de las excepciones que la propia persona realice (Págs. 181-182)».

<sup>704</sup> Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición.

<sup>705</sup> Explicamos en líneas posteriores que pese a tener una clara inspiración civilista, este principio también se ha manifestado con carácter supletorio en otros ámbitos, tal el caso de las relaciones laborales, por ejemplo. Véase nota al pie N° 716 en la página 411.

<sup>706</sup> Concretamente, explica que los «usos sociales» referidos por la Ley Orgánica 1/1982 no deben ser confundidos con la «doctrina de los actos propios» (*sic*, Pág. 57) pues en aquéllos lo que se trata es de evitar que la generalización en la sociedad (generalmente en los medios de comunicación) de una intromisión ilegítima (pero no respecto de una persona en concreto, sino como planteamiento general) se convierta en legítima a través de los «usos sociales», por lo que no hay que confundir esta situación, pues en los actos propios es la conducta del agredido concreto quien genera una confianza (Grimalt Servera, Pedro, *La Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ob. Cit., Pág. 57).

relacionados con esa conducta o situación pueden ser un indicio de la intención de esa persona; estos pueden dar pistas de si la persona ha querido mantener en el ámbito de su intimidad dicha conducta o no<sup>707</sup>. Similar postura mantiene García Ferrer. Su propuesta es que la doctrina de los propios actos vaya más allá de las relaciones de derecho privado y pase claramente a justificar, como regla general, la delimitación interna de los derechos subjetivos al honor, la intimidad y la propia imagen<sup>708</sup>. Aunque se trate de doctrina

---

<sup>707</sup> Grimalt Servera, Pedro, *Ibidem*, Págs. 59-61.

<sup>708</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 158-159. Dedicado a buscar las razones que aconsejan un ámbito de protección del honor y vida privada del político menor al de cualquier ciudadano, hace una recopilación de argumentos expuestos en doctrina y jurisprudencia. Todos ellos reconocen un punto en común: por los propios actos se asume voluntariamente el riesgo de una menor protección. Los enunciamos sintéticamente: **a) El sometimiento al rol elegido:** la asunción de este riesgo —que es voluntaria— aconseja que quien decida entrar en política no pueda reclamar una mayor protección. Es más, de la misma manera que quien abraza el boxeo como profesión asume la licitud de los puñetazos en el cuadrilátero o quien decide ser peón sabe que sufrirá las inclemencias del tiempo, quien decide ser político **acepta que en esta arena** (que no se circunscribe al salón de sesiones) recibirá golpes que cualquier otro ciudadano consideraría insoportables, pues el emplazamiento en combate público expone a los contendientes a lesiones de su fama (argumento que toma del fundamento jurídico 2º de la STS, sala 2ª, de 1 de febrero de 1995); **b) Asunción de obligaciones inherentes a todo mandato:** si la naturaleza del cargo es la representatividad política, el cargo electo no actúa libremente, sino sujeto a instrucciones que le han sido dadas por sus representados. Al encontrarnos ante una relación entre mandante (elector) y mandatario (elegido), un elemento clave en la misma sería la confianza. En la política ésta adquiere una significativa importancia, pues los ciudadanos desean sentir que los candidatos son dignos de ella. Por eso, cuando una persona aspira a ocupar cualquier puesto político, se somete a un juicio público de idoneidad, aptitud, conocimiento y sinceridad y admite la posibilidad de unos horizontes más amplios al criticar su trabajo: la gestión de los intereses públicos; por ello, quien es elegido para un cargo público, debe responder a las exigencias de su electorado y someter a juicio público sus posiciones, decisiones y la honestidad de su trabajo, máxime si adquiere concretos compromisos o adopta aparentemente una posición férrea sobre distintas controversias; **c) Presunción de reconocimiento de la soberanía popular:** Si en la representatividad política podemos encontrar un argumento con el que defender unos límites más estrechos del honor y la vida privada del político, a fortiori cuando es gobernante, pues el individuo debe ser capaz de juzgar los resultados generales de la política del Gobierno; debe saber qué es lo que puede conocer y lo que no. El debe tener sus ojos abiertos; debe conocer y evaluar los antecedentes de los políticos; debe poder expresar una opinión acorde con la evidencia. Al fin y al cabo, todo el sistema depende de su capacidad para mantener a los oficiales públicos que trabajan por el bien público, para oponerse a quienes no lo hacen o lo hacen mal y juzgar los méritos de quienes gobiernan. El conocimiento de los méritos de los gobernantes es lo que da sentido y eficacia al derecho de la gente a elegirles; **d) Conformidad con la publicidad inherente a su actividad:** Cuando una persona decide participar en la política o dedicarse al mundo del espectáculo o cualquier otra profesión pública, admite una publicidad inherente, que, inevitablemente, provocará una menor vida privada y una dificultad para mantener relaciones dotadas de confianza y confidencialidad, pudiendo surgir como contraprestación a la delimitación restrictiva de sus derechos de la personalidad, un cierto sentimiento de prestigio, fama o poder del que, a su vez, el político se hace siervo. Quien decide desempeñar una profesión con proyección pública, asume que no podrá pasar desapercibido. Asimismo, con arreglo a los usos sociales, toda persona pública prestaría su aquiescencia a la publicación de aquellos datos personales observables en la calle y que no le resulten desfavorables o que le produzcan indiferencia, aunque sean atendidos por cotilleo o curiosidad morbosa; **e) Quien juega con fuego se acaba quemando:** Cuando se dice que «quien juega con fuego se acaba quemando», se sugiere que una conducta, libre y voluntariamente elegida, seguramente producirá una consecuencia negativa que la persona debe soportar. No reconocer la eficacia de este principio, pudiera interpretarse

extranjera [con la relatividad que este asunto de la intimidad reviste según los contextos sociales] nos parece interesante destacar la opinión de Santos Cifuentes. Adhiriendo también a estas posturas, afirma: «Es claro que, según el régimen jurídico, nada impide considerar cierta restricción cuando la persona de que se trata, por sus actuaciones públicas se ha puesto en la vidriera, se ha entregado en ciertas facetas de su personalidad a actividades que importan admitir la atractiva crítica de los medios y su difusión. Es decir, no por la doctrina de la real malicia, sino por la consideración de que en el área de sus funciones o de su actuación pública, se avizora una suerte de remisión de antemano ofrecida. No sería de buena fe —principio éste que rige plenamente en el sistema legal—, aceptar el enfrentamiento con el público, actuar con las ventajas que da la utilización de poderes y pretender una completa y extensa defensa de la persona, como en el caso de los particulares que no se han entregado a tales actos. La medida de la esfera activa brindada al público, si se quiere renunciada por causa del poder o de la fama, deberá establecerse en cada caso por la justicia, utilizando los principios propios de nuestro derecho. Pizarro sostiene que las personas públicas y los particulares gozan de igual derecho al honor, pero que si bien se descarta la distinción foránea expuesta, por no ser propia de nuestro orden jurídico, los primeros tienen un umbral cuantitativamente más circunscripto, por cuanto aspectos que normalmente quedan al margen de las difusiones masivas, pueden tener

---

como una forma de proteger especialmente a quien asume voluntariamente ciertos riesgos en su vida. Pura manifestación paternalista o, en su caso, defensa encubierta de un privilegio. Por eso, si una persona ha perseguido la publicidad de su vida, debe asumir esta decisión: **j) El sometimiento a la crítica pública:** Una de las cosas que diferencia la actividad política de la que cualquier ciudadano que se desempeña al servicio de los demás es que todo el mundo se aventura a censurarlo. La crítica política tiene límites más amplios respecto de un político que respecto de cualquier otro ciudadano. Lo expone, inevitable y concretamente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos, debe en consecuencia, tener más tolerancia; **g) Es más fácil que el político se vea atrapado por sus propios actos:** Si se reconoce que el elemento volitivo de cada uno es lo que marca los límites internos de los derechos y que los propios actos del sujeto configuran los mismos, el político, como cualquier otra persona, encuentra en éstos una vía desde la que restringir el contenido del honor y la vida privada, de tal modo que, con un consentimiento tácito, puede llegar a aceptar intromisiones que otra persona consideraría lesivas (Cfr. Págs. 145-159). Por cierto, cosa muy distinta es sostener que ante personas famosas «en principio, todo pensamiento, afecto a asunto que tenga un carácter antijurídico o que sirva para la construcción de su fama social puede y debe ser conocido más allá del ámbito que el sujeto pretende mantener reservado para sí mismo o su familia» (Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 50).

vinculación con las funciones que cumplen y dar lugar a un interés general prevaleciente (...) la diferenciación no cualitativa debe buscarse por el lado de la buena fe y de los actos propios. Quien tiene preeminencia social y poder, goza de beneficios, incluido el de la publicidad de sus explicaciones, descargos y rectificaciones, a la vez se somete a la impugnación y crítica de los actos que se identifican con la actuación pública. No pierde el derecho al honor, ni tiene menos, sino que entrega por voluntad implícita en el área de su esfera de actuación, un sector a la opinión pública, pero conserva el ejercicio de su derecho en todas las esferas no consentidas. Hay, si se quiere, una disposición relativa presumida del honor y de otros derechos espirituales»<sup>709</sup>.

Con lo expuesto, constatamos hasta aquí que la «doctrina de los propios actos» –tal como se adelantó–, suele ser utilizada por la doctrina al estudiar los límites a la protección de los derechos de la personalidad. Procede preguntarnos entonces: *¿Es oportuno recurrir a la «doctrina de los propios actos» para justificar la legitimidad de limitaciones a los derechos fundamentales de un gobernante o alto cargo cuando aquella injerencia es impuesta por el Estado?* Para responder a este interrogante debemos tratar dos cuestiones: **i)** identificar con precisión cuál es la idea que recoge la doctrina; y **ii)** determinar cuál es su específico ámbito de aplicación dentro del universo jurídico. Veamos entonces:

### **i) Sobre la idea que recoge la doctrina de los propios actos**

La regla de derecho<sup>710</sup> *venire contra factum proprium nulla conceditur* [nadie puede venir contra sus propios actos], identificada como «doctrina de los propios actos»<sup>711</sup>, recoge la

---

<sup>709</sup> Cifuentes, Santos, *El honor y la libertad de expresión: La responsabilidad civil*. La Ley 1993-D, 1161-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1191, Argentina, 1993.

<sup>710</sup> Para Díez-Picazo la expresión «*nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos*» tiene carácter evidente de «**regla de derecho**» con valor normativo en tanto es aplicada por los tribunales de justicia [hacia la fecha de publicación de su obra –año 1962– había contabilizado más de doscientas sentencias del Tribunal Supremo Español que la habían aplicado] (Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1962, Págs. 15 y 128).

idea de la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior. De este modo, funciona como justificación de la limitación del ejercicio de un derecho. En definitiva, se trata de una idea de lo más simple: nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de determinado comportamiento futuro<sup>712</sup>. El fundamento de esta regla está dado en razón de que la conducta anterior ha generado, –según el sentido objetivo que de ella se desprende– confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella. Lo contrario importaría una incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido, en tanto habría depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen. Su operatividad se explica en una razón de política jurídica: la protección de la buena fe, o bien de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer. Tal es, básicamente, la opinión de la

---

Asimismo, el Tribunal Supremo la define como «**principio general del derecho**» –art. 1.4 Código Civil– (STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia del 2 de abril de 2007, F.J. Cuarto).

<sup>711</sup> Aunque la formulación de la doctrina está en latín, no ha sido formulada en el Derecho romano. Sí se debe a él el haber suministrado los materiales necesarios para su ulterior formulación, existiendo textos sobre la inoportunidad del cambio de parecer en daño de otro, la imposibilidad de invocar la propia torpeza o la necesaria fidelidad a la palabra dada. En todos los casos de los géneros estudiados por los romanos o, por lo menos, en los más genuinos, se trataba de impedir un resultado que, aún siendo conforme al Derecho civil estricto, fuese contrario a la equidad y a la buena fe. La doctrina prohibitiva de poder ir contra los actos propios ha sido reconocida desde siempre en distintos aforismos latinos [entre otros: «*venire contra factum proprium non valet*», «*contra factum proprium quis venire non potest*», «*nemo potest contra proprium actum venire*», «*proprium factum nemo impugnare potest*», o «*nemo potest venire contra propria acta*», etc.] hecho que evidencia la relevancia histórica de dicho principio. El antecedente de mayor antigüedad es una «respuesta» de Ulpiano (Digesto 1, 7, 25). En ella se impide a un padre alegar la nulidad del testamento de su hija muerta, basando su pretensión en la ineficacia de la emancipación, cuando previamente este mismo padre había emancipado a su hija, otorgándole con tal acto la plena capacidad. En el Derecho medieval, Accursio y Bartolo de Sassoferrato, desarrollaron la teoría en base al texto del *Corpus Iuris Civile*, fundando la falta de legitimación activa del padre para recabar la nulidad del testamento, precisamente en tal expresión del acto propio.

<sup>712</sup> López Mesa, Marcelo J., *La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación*, Universitas, Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, Julio-diciembre de 2009.



doctrina y jurisprudencia nacional<sup>713</sup>. De hecho, el Tribunal Constitucional en su STC 73/1988 de 21 de abril (FJ 5) declaró que el fundamento se encuentra en la protección que objetivamente requiere la confianza que se puede haber depositado en el comportamiento ajeno, de modo que la buena fe impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos. Los hechos y situaciones jurídicas no pueden ser y no ser al mismo tiempo ya que ello implica contradicción, que, por conducir al absurdo, no puede tener acogida en el ámbito jurisdiccional, en el que constatados los actos que de manera inequívoca reflejan una toma de posesión respecto de una situación jurídica,

---

<sup>713</sup> Díez-Picazo Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Ob. Cit., Pág. 134; Rogel Vide, Carlos, López Mesa, Marcelo, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Reus S.A. y Euros Editores, Argentina, 2005, Pág. 90; González Pérez, Jesús, *El principio de Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 1983. Para Puig Brutau, la base está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho. Se supone, pues, cierta conducta que induce razonablemente a la creencia de que el derecho no existe o no se hará efectivo (Cfr. *Estudios de derecho comparado: La Doctrina de los propios actos*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1951, Pág. 103). En lo que respecta a la jurisprudencia, destacamos la reciente sentencia del Tribunal Superior de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 616/2009, de 1 de septiembre de 2009, que hace un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Así, afirma que «la doctrina de los actos propios, expresada en el brocardo *proprium actum nemo impugnare potest*, arranca del principio de buena fe como arquetipo rector de todo proceder jurídico, principio que dejó de serlo desde que la Reforma de 1974, lo positivizó en el art. 7.1 del Código Civil, y cuyo apoyo sustantivo se refuerza en el campo de las obligaciones contractuales (art. 1258 del Código Civil) y, aún más en el campo contractual laboral, donde se eleva el rango de básico (art. 5.a ET) para el trabajador, y se impone también al empleador (art. 20.2 ET). Y, también, (dato aquí de singular importancia) a las Administraciones Públicas ex art. 3.1.2º párrafo de la Ley 30/92 (...) y una de las **principales manifestaciones de este principio es la doctrina de los propios actos**, según la cual **nadie puede contradecir actos suyos, cuando son concluyentes y causan estado** (STS desde la lejana fecha 24 de abril de 1895 hasta las de 15 de octubre de 1990 y 20 de febrero de 1990); el acto propio que vincula tiene su acogida en la doctrina jurisprudencial en el sentido del principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que existe un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquellos que, por su carácter trascendente, o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla (STS. 16. de febrero de 1988 y 10 de octubre de 1988), o, como precisa tal jurisprudencia civil, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una relación o situación de derecho que no podría ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (STS 5 de octubre de 1984 y la STS 29 de enero de 1965), establece que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, señalando igualmente la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles (STS 21 de septiembre de 1987 y 16 de junio de 1987)».

no pueden pretenderse con posterioridad otra distinta e incompatible con aquélla en aras del principio de la buena fe.

## ii) Sobre el ámbito específico de aplicación de la doctrina de los propios actos

Los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que acabamos de citar demuestran que por lo que hace al concepto o idea que recoge la doctrina de los propios actos, se tiene una opinión consensuada. Sin embargo, esta armonía no se encuentra a la hora de analizar su ámbito de aplicación. Se presentan aquí dos discusiones: una sobre la imprecisión con que suele usarse y, por otro lado, cuál ha de ser el ámbito de su valor normativo. Por cierto, varios autores han advertido de la inespecífica y grosera imprecisión con que suele utilizarse, confundiéndola a veces con la renuncia tácita de derecho o con los «actos concluyentes», cuando –por su valor supletorio– sólo debería recurrirse a los propios actos cuando no resulta de aplicación ninguno de estos dos institutos<sup>714</sup>. Por otro lado, y es

---

<sup>714</sup> A criterio de Díez-Picazo, «No se trata de un caso de renuncia de derechos, aunque es muy frecuente la confusión de conceptos. Cuando se trata de un caso de verdadera renuncia, aunque sea manifestada de forma tácita o esté implícita en ciertos actos o en determinada conducta, nos encontramos ante una declaración o manifestación de voluntad del titular del derecho renunciado. Esta delimitación de conceptos es muy importante. Puede *venire contra factum proprium* (...) cuando el acreedor no conocía su derecho, pero había de exigírsele su conocimiento. El efecto que en tal caso se produce no se apoya, como la renuncia, sobre la voluntad de abandono del derecho, es decir, sobre una declaración de voluntad, sino en la norma de Derecho positivo, y aunque sea contra la voluntad del propio interesado. No se trata, pues, de una renuncia tácita. Por ello, en ningún caso de verdadera doctrina de actos propios será procedente la impugnación por causa de error. En contraposición con los casos de verdadera renuncia, la doctrina de los actos propios ofrece la particularidad de que paraliza la actuación de una persona sin que por parte de ésta se haya manifestado su voluntad de renunciar derechos subjetivos o posiciones jurídicas ventajosas. Sin embargo, la sentencias de los Tribunales en varios casos han estado influidas por la proximidad que existe entre ambos conceptos y han hablado del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, como si se tratase de un caso de auténtica renuncia, o bien han tratado de un caso de renuncia auténtica confundiéndolo con el efecto peculiar que resulta de la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Para nosotros, el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia» (Pág. 102); «...Si se quiere que este principio tenga consistencia propia y su peculiar radio de acción, será menester circunscribirlo a los casos, seguramente escasos, en que, sin poder inferir la existencia de renunciaciones, asentimientos ni de voluntad dirigida a producir el estado que ha de prevalecer, éste se impone, a pesar de ello, para no defraudar la confianza depositada en la apariencia de una situación jurídica resultante de una conducta ajena» (Pág. 129). En la misma línea argumental, Eduardo García de Entrerria sostiene: «La doctrina de los actos propios se utiliza generalmente con una inespecífica, y aún más, grosera imprecisión, y esto no sólo en el Derecho administrativo, donde es notorio que su invocación por los autores y por la

esta la cuestión que más nos interesa, la doctrina de los propios actos sólo se refiere a situaciones en las que se amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados directamente con el estatuto de los derechos de la personalidad<sup>715</sup>. En efecto, entendemos que, en lo que respecta al ámbito de los derechos extrapatrimoniales, la «doctrina de los propios actos» carece de valor normativo como «principio de derecho»: es una categoría jurídica que responde a los principios y lógica del derecho privado. Con su clara inspiración civilista<sup>716</sup> permite entrar en el juego a la autonomía de la voluntad, sin límites. El sujeto que lleva a cabo sus «propios actos» puede renunciar a su derecho, hacer incluso una renuncia total, situación a todas luces incompatible con la regulación que, de los derechos del art. 18.1 CE hace la Ley Orgánica 1/1982 al calificar los derechos de la intimidad, honor y propia

---

jurisprudencia descarga de ordinario la necesidad de mayores análisis, sino también en el campo, más depurado técnicamente, del Derecho civil (...) Por de pronto, la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de la voluntad. Es claro, sin embargo, que es esta última doctrina, y no la primera, la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino, obviamente, una consecuencia –la primera, art. 1091 C.C.– del contrato. La doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial. Es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe, y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos sólo cuando no una relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos» (La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad, Revista de Administración Pública, Nº 20, Madrid, 1956, Págs. 69-80).

<sup>715</sup> Díez-Picazo, Luís, *La doctrina de los propios actos*, *Ob. Cit.* Pág. 161; Puig Brutau, José, *Estudios de derecho comparado: La Doctrina de los propios actos*, *Ob. Cit.*, Pág. 103. En efecto, Díez-Picazo recopiló en su obra más de doscientas sentencias en las que el Tribunal Supremo aplicó o consideró rectamente aplicada la doctrina de los propios actos. Luego de un análisis y sistematización de estas resoluciones, individualizó los supuestos típicos de aplicabilidad de la doctrina, concluyendo que todos ellos pertenecían al derecho privado (Cfr. Díez-Picazo, Luís. *Ibidem*, Págs., 15 y 445-455).

<sup>716</sup> Pese a tener una clara inspiración civilista, este principio también se ha manifestado con carácter supletorio en el ámbito de las relaciones laborales. Lo que nos interesa destacar es que del análisis jurisprudencial se desprende que en el ámbito laboral este principio fue acogido con ciertas cautelas debido a la existencia de otros principios de aplicación que resultan preferentes, tales como el principio de irrenunciabilidad de derechos o el principio de condición más beneficiosa. Pero sobre todo la aplicación restrictiva se justificó por ser el Derecho del Trabajo un ordenamiento compensador e igualador de una desigualdad tanto jurídica como económica entra ambas partes contractuales, premisa ésta que desconoce el Derecho Civil, amparado en el principio de la autonomía de la voluntad (Cfr. Valle Muñoz, Francisco Andrés, *El principio general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral*, Relaciones Laborales Nº 10, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mayo al 8 Jun. 2007, Año XXIII, tomo 1, Pág. 49 y ss., Editorial La Ley).

imagen, como irrenunciables, inalienables, imprescriptibles. La doctrina de los propios actos es incompatible con el principio de irrenunciabilidad de derechos<sup>717</sup>. Resultaría del todo irrazonable valerse de ella para denegar, por ejemplo, la revisión de un derecho al que la Constitución le confiere carácter de irrenunciable<sup>718</sup>. La lógica nos indica que a quien no puede renunciar expresamente un derecho, no le es aplicable –en principio– la doctrina de los propios actos. No se puede renunciar tácitamente lo que el ordenamiento dice que no es renunciable ni tan siquiera en forma expresa. Lo intangible es intangible y ni el propio

---

<sup>717</sup> Véase: Cadarso Palau, Juan, *Actos propios y renuncia de derechos*, Poder Judicial, Núm. 9, 1988, Págs. 73-78.; Prados de Reyes, Francisco, *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Política Social, (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Núm. 127, 1980; Ramos Quintana, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002; De La Villa Gil, Luís Enrique, *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales*, Revista de Política Social, Núm. 85, 1970. Ante una renuncia efectuada por el trabajador, de derechos indisponibles [como es el derecho al disfrute de vacaciones, o el derecho a asumir el trabajador el coste de la Seguridad Social que debe asumir la empresa], no es posible invocar en tales casos la doctrina de los actos propios para evitar que el trabajador ejercite tales derechos. Otro tanto si aquello a lo que se renuncia es a la interposición de demandas judiciales, pues ello implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Tampoco cuando se pactan cláusulas nulas por abusivas como aquellas que obligan al trabajador a estar disponible fuera de su jornada ordinaria de trabajo sin recibir contraprestación alguna. O cuando el trabajador acepta en los días que sea necesario y según las necesidades de la empresa, llevar un «busca» para acudir al lugar asignado sin contraprestación retributiva alguna, de modo que la negativa a dicha orden no supone ir contra los propios actos. La impugnación de tales causas por el trabajador no supone que éste vaya contra sus propios actos. No obstante, la renuncia por contrato de trabajo [y mediante una novación contractual], a derechos disponibles por las partes [como sería una reducción del salario], impide, por aplicación del principio de los propios actos reclamar aquello a que se ha renunciado [como son tales diferencias salariales] (Cfr. Valle Muñoz, Francisco Andrés, *El principio general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral*, *Ibidem*, Pág. 429 y ss.).

<sup>718</sup> También en Argentina donde la tipificación delictiva del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos provoca debates en cuanto a su constitucionalidad, cierta doctrina, tal el caso de De Luca y López Casariego, considera relativo el sostener que no se pueden renunciar las garantías constitucionales puesto que ello ocurre contractualmente y todos los días (vgr. detectores, filmaciones, obligaciones laborales). Así, los autores estiman que los funcionarios públicos tienen obligaciones, como realizar una declaración jurada patrimonial, lo que implica renunciar a la garantía constitucional de la privacidad. De tal suerte, el principio de que éstas no pueden ser renunciadas individualmente o por convención, no puede ser generalizado, y hay que analizar en cada caso de qué garantía se trata y cómo opera la situación dada. En este sentido, **sostienen: «no habría ningún problema en establecer una obligación contractual (de derecho público) como ésta: –Señor, ¿usted quiere ser funcionario público?, –Pues, previo a ello debe firmar acá que se obliga a declarar la procedencia de sus bienes cada vez que le sea requerida. Y hay algo interesante en este asunto, y esa renuncia es previa a cualquier posibilidad de autoincriminación, precisamente porque aún no comenzó a ser funcionario público, que es un requisito esencial del delito. No se trata de cualquier habitante a quien no se podría hacer renunciar a determinadas defensas constitucionales, sino de un funcionario público que voluntariamente accede al cargo y debe prestigiarlo»** (De Luca Javier A., López Casariego, Julio E., *Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional*, La Ley 2000-A, 249 y “*Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales*”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública –II- 2004-2*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Págs. 146-147).

titular de esa intangibilidad, ni el Estado, pueden acordar o decidir unilateralmente que deje de serlo.

Ahora bien, para una mejor defensa de nuestro criterio sobre la inaplicabilidad de la «doctrina de los propios actos» en aquellos supuestos en que entran en juego derecho de la personalidad, presentaremos el caso posicionándonos en la postura que refutamos, esto es, asumiendo que su empleo es eficaz para justificar injerencias, en particular del Estado, en los derechos fundamentales.

El razonamiento [de ficción, recordamos], sobre el que vamos a trabajar sería el siguiente:

*Al aceptar el cargo, el gobernante o alto cargo formula una declaración de voluntad con la que cierra un negocio jurídico. Expresamente presta un juramento —la sujeción a la constitución— pero implícitamente está también aceptando otras tantas sujeciones, al someterse voluntariamente se somete a un régimen jurídico que conoce y está vigente. Este ordenamiento jurídico podría estar integrado, por ejemplo, por una ley que le exija al nuevo servidor público una «plena transparencia» de los distintos aspectos de su patrimonio. De tal suerte, al ingresar a la función pública, quedaría atado o vinculado por sus propios actos que son expresión de su consentimiento<sup>719</sup> a un régimen jurídico y a una jurisdicción, lo que comporta un inequívoco acatamiento a sus normas y, por ende, determina la improcedencia de una impugnación posterior. Desde entonces, si el servidor público se considerara agraviado porque el Estado le exige dar cuenta de sus movimientos patrimoniales, no sólo para conocerlos en el ámbito interno de la Administración, sino para*

---

<sup>719</sup> Cuando el Tribunal Supremo Español define los actos propios como actos de «expresión del consentimiento» parece estar aludiendo a declaraciones tácitas de voluntad. Con frecuencia exige que los actos *revelen* una voluntad (Cfr. STS de 14 de diciembre de 1956; Ap. N° 202, «actuaciones conscientes que revelan un voluntario consentimiento»); que la voluntad o el acuerdo se «deduzca» de los actos (Cfr. STS de 5 de octubre de 1957, Ap. N° 208); que los actos sean «expresión inequívoca» del consentimiento (cfr. STS de 6 de diciembre de 1957, Ap. N° 210) [Cfr. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Ob. Cit., Pág. 161].

*hacerlos públicos para la ciudadanía mediante la web, estaría contrariando su declaración de voluntad tácita, por lo que no resulta atendible su reclamo.*

En otras palabras, quien asume este criterio, juzga que al aceptar el cargo en el gobierno, el agente reconoció o aceptó tácitamente [por sus propios actos] el derecho del Estado a avanzar sobre su intimidad y actuaría de mala fe si, volviendo sobre sus pasos, una vez que está haciendo uso del poder [o, dicho con más propiedad, gestionándolo], pretende defender su privacidad frente al control estatal y del resto de la ciudadanía. Pero lo que acabamos de enunciar está falseado por dos interminables errores: i) No basta con constatar la existencia de una ley que autorice la intromisión en la intimidad y que fuera conocida por el alto cargo al aceptar acceder a la función. Es preciso examinar si esa ley (que contiene la autorización legal para que opere la injerencia) es necesaria, idónea y proporcionada; esto es, si está justificada y es compatible con el art. 18.1 CE, lo que nos remite al «canon de proporcionalidad» como el criterio que ofrece mayor razonabilidad para la evaluación de la legitimidad/ilegitimidad de la injerencia. La explicación no debe buscarse por el lado de «propios actos»; y ii) El Estado no está obligado en igual medida que los ciudadanos al respeto a la intimidad, por ende, tampoco sería coherente que aceptara el ofrecimiento espontáneo e indiscriminado de su derecho a la intimidad por parte de un gobernante. En este caso, tanto la voluntad expresa como los «propios actos» del titular del derecho de la personalidad serían irrelevantes.

En primer término, debe tenerse en cuenta que el Estado reclame por ley conocer intimidad de un funcionario o ciudadano cuando ello no es necesario o, siendo necesario, no resulte una medida proporcionada, sería contrario al orden jurídico por contravenir el art. 10. 1 de la CE. Lógicamente, la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, degradaría la posición institucional de la persona. Asimismo, vulneraría el

principio de irrenunciabilidad que establece el arto 1. 3 de la Ley Orgánica 1/1982. Y no está mal en pensar en una renuncia porque lo cierto es que en la práctica la renuncia a la protección otorgada por la ley conduce a la renuncia del derecho<sup>720</sup>. El gobernante no podría nunca válidamente aceptar una injerencia en su intimidad, o en cualquiera de sus derechos fundamentales, inidónea, innecesaria o no proporcionada por parte del Estado<sup>721</sup>. Cualquier limitación que se le imponga debe tener un tope y los sacrificios que se le piden guardar proporcionalidad<sup>722</sup>. Una ley que no resista este «triple juicio de proporcionalidad» resultaría inconstitucional y, por ello, de imposible convalidación, ni por el consentimiento expreso ni por los «propios actos» del titular del derecho afectado. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos de su vida privada personal o familiar. Lo que prima en un Estado democrático es el pleno ejercicio de derechos y libertades, por lo que se hace necesario –y es su obligación– aligerar en la medida de lo posible el número de limitaciones y sus efectos restrictivos, en aras de la máxima efectividad de los derechos. Como bien indica Rawls, «Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto

---

<sup>720</sup> Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Ob. Cit., Pág. 153. También podemos pensar, con Rovira Sueiro, que semejante posibilidad sería **contraria al orden público**. Afirma «estimamos que en el ámbito en que nos movemos, cualquiera que sea el concepto de orden público que se maneje, el resultado de su virtualidad es idéntico. Dicho de otro modo, el pacto por el que una persona haga nacer una obligación con cargo a su patrimonio moral, –constituido en este contexto por el honor, la intimidad y la propia imagen–, que como tal presuponga el correlativo derecho de otra persona a realizar una intromisión en estos bienes, contraviene el límite del orden público cualquiera que sea su definición» (Pág. 154).

<sup>721</sup> El Tribunal Constitucional, sobre la base de estos tres requisitos, rechaza aquellas limitaciones que «no resulten justificadas en cuanto que la limitación es una excepción puesta al normal ejercicio del derecho» (STC 62/1982, FJ 3), así como aquellas otras que «puedan estimarse excesivas, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificadas y proporcionados conforme a las finalidades para los que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente» (entre otras, SSTC 90/1983, FJ 2.º; 196/1987, FJ 6.º; 4/1988, FJ 5.º; 66/1991, FJ 2.º).

<sup>722</sup> El artículo 8.1 de la LO 1/1982 dispone que «no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Las intromisiones del artículo 8.1 de la LO 1/1982 vendrían justificadas por razones de «interés público» (Preámbulo de la ley). Es así que, como se señala en la nota anterior, **el Tribunal Constitucional tiene dicho que los sacrificios impuestos por la ley sólo son posibles si existe un interés público**.

puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales»<sup>723</sup>. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo sostuvo que la doctrina de los actos propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes<sup>724</sup>. **Cuando lo que se busca es evaluar la legitimidad de una limitación en los derechos de la personalidad impuesta por el propio Estado, la «pieza clave» no hay que buscarla en los «propios actos» de su titular, sino en la «proporcionalidad» de la ley que habilita esa injerencia y en la injerencia misma**<sup>725</sup>. Si la Ley limitadora respeta el canon,

---

<sup>723</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Ob. Cit., Pág. 17.

<sup>724</sup> STS (Sala de lo social), sentencia del 15 de julio de 1986, FJ primero. Señalando la escasa aplicación ante situaciones de nulidad contractual, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano explica que el ámbito de aplicación de la regla de los propios actos está muy diversificado; así, mientras en las relaciones contractuales suele tener amplia aplicación (muchas veces equiparada a la existencia de un «consentimiento tácito»), en otros tiene una aceptación muy escasa [así, por ejemplo, en las impugnaciones de contratos nulos por la parte causante de la nulidad: STS 2 junio 2000] (Cfr. *Comentarios al art. 7 del Código Civil*, Grandes Tratados, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009). Por su parte, el **Tribunal Supremo** sostuvo «bien ha juzgado la justicia española que para que sea aplicable la doctrina de los actos propios se requiere que los actos en que se apoye sean lícitos y permitidos, y no es de aplicación cuando se trate de aquellos que hayan sido expresa y terminantemente prohibidos, resulta por tanto, inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes» (STS Sala 6ª, 15 de julio de 1986). Asimismo, en lo que respecta a la calificación jurídica de los bienes de la sociedad conyugal se limitaron las posibilidades de aplicación de la doctrina de los propios actos. Se afirmó que la doctrina parece exigir que se trate de bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso –y pueda ser dudosa su adquisición con fondos privativos– y no con anterioridad al mismo pues en tal caso, y para la STS de 16 de octubre de 1999, el carácter privativo de un bien, que se derivaría del artículo 1346.1 CC, no puede ser transformado en el de bien ganancial, ni siquiera por convenio entre los cónyuges, por lo que declara nula de pleno derecho su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales, doctrina que, ratificada por la STS de 26 de febrero de 2002.

<sup>725</sup> La afirmación es armoniosa con la postura del Tribunal Constitucional plasmada en la STC 197/1991, de 17 de octubre, y que sostiene que el «elemento decisivo» para evaluar injerencias en la intimidad es la «relevancia pública del hecho divulgado» y que «esa revelación resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se



el hecho de que «por sus propios actos» se hubiera o no aceptado su contenido al asumir un cargo público es en absoluto irrelevante: el servidor deberá cumplirla. La importancia de la voluntad (expresa o tácita) inferida a partir de los «propios actos» del agente queda desplazada frente a la necesidad de subordinar la protección de su derecho a la intimidad a intereses públicos.

Por otro lado, en cuanto «segundo error» del argumento (incorrecto) propuesto como hipótesis de trabajo, pensamos que en su desarrollo no se tiene en cuenta una cuestión fundamental, como es que el Estado no sólo tiene la «obligación negativa» de no lesionar la esfera individual protegida [vgr. dictando normas limitadoras innecesarias o desproporcionadas], sino que debe responder adecuadamente a la «obligación positiva» de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales adoptando las medidas necesarias para protegerlos y no adoptando aquellas que no los resguarden o neutralicen. La falta de regulación suficiente es causa en sí misma para considerar lesionada la intimidad<sup>726</sup>. Diferente es la posición que los ciudadanos entre sí mantienen en relación a los derechos fundamentales. En el tráfico privado, los sujetos no están vinculados en la misma medida que lo están los poderes públicos<sup>727</sup>. Sin caer nunca en la renuncia del derecho fundamental,

---

informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento» (FJ 3). Este aspecto fue suficientemente explicado en nuestro trabajo. Véase en la página 153.

<sup>726</sup> En efecto, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional (SSTC 25/1981, FJ 5; 53/1985, FJ 4; 129/1989, FJ 3; entre otras), los derechos fundamentales se conciben primordialmente como derechos subjetivos que imponen a los poderes públicos la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; pero presentan también una dimensión objetiva, «en virtud de la cual operan como componente estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico», lo que impone a los poderes públicos, en sus correspondientes ámbitos funcionales, el coadyuvar a su implantación, disfrute y defensa en cualesquiera de los sectores jurídicos en que estos puedan verse afectados. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales supone que la ley no puede menoscabar su contenido constitucionalmente protegido, a menos que las limitaciones sean precisas para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional, lo que priva por consiguiente a tales restricciones del carácter de verdaderos límites. En tales casos es preciso que el límite sea proporcionado y que en ningún caso afecte al contenido esencial, pues éste es intangible (STC 50/1995, FJ 7).

<sup>727</sup> Así, en relación al deber de diligencia en la transmisión de información se dijo que «**las Administraciones Públicas no se encuentran en la misma posición que los periodistas** y, por tanto, no resulta lógico exigirles el mismo

los particulares pueden entre ellos adoptar decisiones o suscribir contratos atendiendo a criterios discriminatorios o con exigencias desproporcionadas. Un medio de comunicación puede informar sobre aspectos de la intimidad de un gobernante sin un fin constitucionalmente legítimo [i.e. información no necesaria que responde al mero entretenimiento] y esta actuación quedar legitimada por los «propios actos» del titular del derecho que decide, una vez conocida esta injerencia, no solicitar la protección sumaria que el ordenamiento jurídico le ofrece. Corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva del conocimiento ajeno, esto cómo límite interno del derecho. Pero aún así, un comportamiento como el del medio de comunicación siempre le estaría vedado al poder público. **El Estado no puede acordar con sus funcionarios que no opongan resistencia al manejo indiscriminado de información sobre aspectos de su privacidad pues, a diferencia de los sujetos privados, encuentra su actuación vinculada a los fines que le asigna el ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE). Donde no hay servicio al interés general, donde no hay necesidad, idoneidad y proporcionalidad, no debe haber actuación pública**<sup>728</sup>. Y, por cierto, no está entre los fines de la Administración fisgonear sobre la intimidad de sus funcionarios,

---

cumplimiento del deber de diligencia que a los periodistas en la transmisión de la información, tal y como se acaba de enunciar. En el presente trabajo se considera que es exigible a los poderes públicos un plus a la hora de transmitir informaciones a la opinión pública. En la mayoría de las ocasiones, como es el «caso Kiruli», la administración no se limita a transmitir una información sobre la que ha tenido conocimiento, sino que, por el contrario, es la fuente generadora de la misma. Es decir, la administración es la que materialmente recaba la información y la que, posteriormente, la transmite ante la opinión pública. Por tanto, se debe reclamar a la administración la absoluta correspondencia con la realidad de los hechos transmitidos ante la opinión pública, en suma, ante los administrados. Dicho con otras palabras, se debe aplicar a los poderes públicos el criterio de veracidad objetivo». Alegría, Antonio Magdaleno, *Información pública y los derechos al honor y a la intimidad*; Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2008 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona., 2008.

<sup>728</sup> Como se afirma: «el status jurídico-constitucional del individuo, fundado y garantizado por los derechos fundamentales, es un status jurídico-material, es decir, un status de contenido concreto y determinado, no disponible discrecionalmente ni por el propio individuo ni, desde luego, por los poderes públicos» (López Piña, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 36)

como tampoco «expresarse atribuyendo calificativos a sus administrados»<sup>729</sup>, aún cuando los afectados consientan con sus «propios actos» estas extralimitaciones. La Administración sólo debe intervenir cuando una necesidad general lo exige, en el caso de que esta intervención consista en una limitación de los derechos fundamentales, lo hará sólo cuando las circunstancias hagan imprescindible la intervención, es decir, cuando sea extremadamente conveniente, imperativo constitucional que se deriva del art. 106.1 CE.

En suma: la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, puede ser sometida a restricciones siempre y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a su propia esencia. Las autoridades sólo pueden permitirse intromisiones por imperativo del interés público. **Si la injerencia a la intimidad se realiza de acuerdo a una previsión legal [habilitación legal] y de un modo respetuoso con las exigencias constitucionales derivadas de la aplicación del canon de proporcionalidad, la voluntad del titular del derecho, expresa o tácita, es absolutamente irrelevante.** Si hay un interés público por parte del Estado en conocer aspectos de la vida privada de un alto cargo, como pueden ser sus actividades profesionales antes de asumir la función y la constitución de su patrimonio económico [y así lo plasma en la Ley 5/2006], la injerencia quedaría justificada, no a causa de su decisión de «lanzarse a la arena política»; ni por la asunción de un riesgo de injerencia; no como consecuencia de que por «propios actos» asumió un menor ámbito de protección a su intimidad. La legitimidad de ese avance sobre la intimidad quedaría habilitado por imperativo de una ley necesaria, idónea y proporcionada.

---

<sup>729</sup> STC 69/2006, del 13 de marzo (FJ 4) en la que se hace mención a la ATC 19/1993 de 21 de marzo.

Por todo lo expuesto, el interrogante de si es oportuno recurrir a la «doctrina de los propios actos» para justificar la legitimidad de concretas limitaciones a los derechos fundamentales de un alto cargo, en particular si éstas limitaciones son impuestas por el Estado, sólo admite una respuesta: **la «doctrina de los propios actos», utilizada en pos de resolver los límites que al derecho a la intimidad de un político o gobernante se puede imponer se convierte en una construcción argumental deficiente.**

**Cuando se desplaza el argumento de los «propios actos» del agente a un segundo plano, se da un paso hacia la interiorización de que todo alto cargo, como servidor público y ético, debe ofrecer una cierta transparencia en aspectos de su vida privada cuando lo exige el interés público y sólo en la medida que así lo exija.** De esta forma, y con estos precisos límites, el alto cargo ya no quedaría «arrojado en la arena política» sino visible en un escenario de lo público, entendido éste como aquello directamente vinculado a la función que cumple en la administración. Hay que tener muy presente que cuando la Ley Orgánica 1/1982 hace referencia a los «propios actos» no está reconociendo la aplicación de la doctrina de los actos propios al tratamiento de los derechos de la personalidad. Lo que hace, estrictamente, es admitir que frente a una determinada situación o conducta de una persona, los actos anteriores o coetáneos relacionados con esa conducta o situación pueden ser un indicio de la intención de esa persona, en el sentido de que su comportamiento puede dar pistas de si ha querido mantener en el ámbito de su intimidad determinada conducta. Por tanto, podemos hablar de «actos propios» dentro del ámbito conceptual de la Ley 1/1982 sólo como límite interno

que brota del mismo derecho a la intimidad y, fundamentalmente, para evaluar la legitimidad–ilegitimidad de las injerencias operadas por particulares<sup>730</sup>.

**Otra vertiente tributaria de la «doctrina de los propios actos» es la argumentación relativa a la «asunción voluntaria del riesgo».** Vemos también en este caso como la «pieza clave» para resolver injerencias en su intimidad u honor es también la voluntad espontánea de un ciudadano de decidirse por participar de lo público: si así lo quiso –se dice– deberá soportar el sacrificio.

La asunción voluntaria del riesgo es invocada para justificar restricciones –teóricas y prácticas– del ámbito protegido del honor y la vida privada de un hombre dedicado a la política<sup>731</sup>. Se sostiene que quien decide dedicarse a la noble misión de gestionar y dirigir los

---

<sup>730</sup> Para Antonio Fayos Gardó «siguiendo los términos de la Ley Orgánica 1/1982, a la delimitación de la protección de la intimidad a través de los usos sociales, se añade que «hay que averiguar también el ámbito que cada persona reserva para sí misma o su familia, en relación a sus propios actos, lo que quiere decir que las personas públicas que no tienen reparos en divulgar su vida privada, no podrán pretender que se les proteja frente a las intromisiones en la misma, o al menos que se les proteja con la misma intensidad que se perseguiría la intromisión si no realizaran tales divulgaciones» (*Derechos a la intimidad y medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 367.).

<sup>731</sup> Según García Ferrer (*El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 146) es la aquiescencia de una persona la que presenta un papel clave en la configuración del ejercicio y delimitación de sus derechos. En este sentido sostiene que por nuestra Constitución, el consentimiento debe orientarse al plano de la individual no al de la colectividad, pues, en tal caso, el reconocimiento de una titularidad estatal o colectiva del honor y la intimidad supondría un simple valor atenuador de cualquier anuencia y una irrelevancia a efectos exculpatorios cuando los supuestos de hecho pusiesen de manifiesto, junto al interés individual, otro estatal en el mantenimiento de dicho bien. Asimismo afirma Pantaleón: «Juzgo también poco sensata la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de información cuando los perjudicados son *cargos o servidores públicos; o personajes públicos*: por haber participado voluntariamente en controversias o debates públicos, y en esa medida. En dichos supuestos, me inclino, antes bien, por imponer responsabilidad únicamente en los casos de conocimiento de la falsedad de la información o de temerario desprecio hacia la verdad. Por la misma razón que a un futbolista o a un corredor de fórmula 1 no se le ocurriría reclamar indemnización por los daños sufridos por conductas de los otros jugadores o corredores que, en un parque público o una carretera nacional, serían evidentemente negligentes: debe entenderse que los cargos y personajes públicos asumen voluntariamente el riesgo de resultar heridos en su honor por los informadores, fortuitamente o incluso por actuaciones que fuera de la arena política deberían considerarse negligentes. Pero, no siendo tal asunción «voluntaria» del riesgo sino una manera de expresar lo que se prejuzga conmutativamente justo (es palmario que los personajes públicos preferirían que la ley no les endosara el riesgo en cuestión), ha de quedar abierta al legislador ordinario la opción de trasladarlo a los titulares de los medios informativos, incentivando así, si es preciso, la dedicación a la actividad política. Yo no lo haría; pero estimo que, para una responsabilidad civil no punitiva, dicha posibilidad cabe en el marco constitucional » (Pantaleón, Fernando, *La*

asuntos públicos, asume una de esas posiciones controvertidas y ello provoca que la protección de su imagen se excluya, la de su intimidad se diluya y la de su honor se disminuya<sup>732</sup>.

Reconocemos que en los «propios actos» del titular del derecho hay un autodiseño del marco de su intimidad, individualmente trazado a partir de una conducta social mantenida, lo cual es ilativo ya que lo que se garantiza es *el derecho a poseer una intimidad «elegida»*. También reconocemos que dado que los «propios actos» nos aproximan al contenido del derecho a la intimidad que cada uno quiere para sí, dan contexto al análisis de un caso. No obstante, no son aquella «pieza clave» que permite definir una injerencia como legítima o ilegítima. Matizando la relevancia del criterio del «riesgo asumido», Carrilo afirma que si bien es evidente que las personas, en razón de la función representativa que desarrollan, «pueden sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares anónimos», «al mismo tiempo, ello no puede ser entendido de tal manera que el personaje público, por el hecho de serlo, deba aceptar en cualquier caso, el riesgo de la lesión de su intimidad»<sup>733</sup>. **Si afirmamos que lo trascendental para resolver esta cuestión de la legitimidad de una injerencia es la voluntad del titular del derecho de asumir un riesgo, terminaríamos por sostener que todos los asuntos que éste quisiera situar dentro de la esfera de su intimidad son susceptibles de incardinarse en ella, con tal que él los conciba, desarrolle y realice en ese ámbito de reserva, a través de sus propios actos.** Este razonamiento no resulta convincente. Consagraría unos grados de hipocresía insostenibles a la luz de los principios estructurales de un sistema que

---

*Constitución, el honor y unos abrigos*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-162, tomo 2, Editorial LA LEY 22074/2001).

<sup>732</sup> Se cita a O'Callaghan, Xavier, *Honor, intimidad e imagen en la Sala 1ª del T.S.*, en AA.VV: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, Pág. 9)

<sup>733</sup> Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Pág. 84.

pretende establecer una sociedad democrática avanzada. Dar por cierto que los asuntos que los ciudadanos realizan en el ámbito de su intimidad quedan sustraídos a la mirada de la sociedad y de su Derecho, implica, en última instancia, crear un espacio ideal donde los ciudadanos pueden desarrollar una serie de actividades que quedarían sustraídas a la acción del ordenamiento y a la de su valoración social general<sup>734</sup>. Menos adecuado resulta aún si pensamos que los sujetos en cuestión son los encargados de la gestión del poder público y, por ende, sujetos pasivos de la responsabilidad política y obligados a la rendición de cuentas. **El control que el Estado necesita nunca puede depender de la voluntad de discreción con que sus agentes elijan vivir.**

## **2.2. Concepto de relaciones de sujeción especial: la «prepotencia»<sup>735</sup> de la Administración.**

Paralelamente a la «doctrina de los propios actos» la doctrina y jurisprudencia nacional, al evaluar la legitimidad de ciertas limitaciones que en sus derechos fundamentales y garantías procesales deben soportar los funcionarios públicos, han recurrido a la categoría de «relación de sujeción especial» que los vincula a la Administración Pública<sup>736</sup>. Su

---

<sup>734</sup> Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, Ob. Cit., Pág. 50.

<sup>735</sup> La STC 61/1990, de 29 de mayo, define que en las denominadas «relaciones de sujeción especial» «entran en juego amplias facultades auto-organizativas que confieren cierta **prepotencia a la Administración** para regularlas» (FJ. 6).

<sup>736</sup> STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1. Se afirma «...el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente (STC 2/1987, de 21 de enero), si bien, incluso en este ámbito, una sanción carente de toda base normativa legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el citado art. 25.1(...) Es preciso, en efecto, que exista una relación de sujeción especial que en este caso se produce: el penado y sancionado lo ha sido por hechos llevados a cabo como funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y se requiere, también, la existencia de un interés jurídicamente protegido de la norma sancionadora, distinto del acogido por la norma procesal y que la sanción sea proporcionada a esa protección...Por otra parte, es criterio jurisprudencial de esta Sala la neta diferenciación entre el principio de legalidad en materia penal y el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, especialmente cuando como aquí sucede, estamos ante una **relación de sujeción especial. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha puesto de manifiesto, teniendo en cuenta**

utilización generalmente se integró en la estructura argumentativa de otro mecanismo de enjuiciamiento, la ya cuestionada «doctrina de los propios actos».

Como primera aproximación al tema, podemos decir que con las «relaciones de especial sujeción» se hace referencia a que hay ciudadanos que, en virtud de cualidades especiales, tienen un *singular estatus jurídico*, mientras que otros mantienen su estatus jurídico normal. En otras palabras: hay especiales ciudadanos sometidos a una relación con la Administración distinta de la generalidad<sup>737</sup>. Inferimos que si existen las «relaciones de sujeción especial», han de existir, también, las «relaciones de sujeción general» y que las primeras no pueden ser definidas por el sólo hecho de que opere una intervención más o

---

**la sujeción especial de la relación de los funcionarios policiales**, que no se produce solapamiento entre las conductas penales enjuiciadas por los Tribunales del orden ordinario y las consecuencias disciplinarias que en el ámbito de dicha relación especial pueda producirse en la condición funcional y tal circunstancia es la que concurre en el supuesto examinado, en donde el fundamento de la imputación penal adquiere su máximo relieve por la consideración del ius puniendi del Estado, mientras que en el ámbito disciplinario es consecuencia de la relación estatutaria...Lo anterior pone de manifiesto que el bien protegido en tales tipos delictivos es un valor o interés diferente al representado por el buen o regular funcionamiento de la Administración pública. Así: en el de falsedad se trata de la Fe Pública, o, lo que es igual, la confianza en la exactitud o veracidad de determinadas manifestaciones que socialmente resulta conveniente; en los de detención ilegal del art. 483 la libertad y seguridad individual; y en los de torturas y privación de derechos cívicos, respectivamente de los arts. 204 bis y 194, lo que se contemplan son agravios o lesiones a derechos muy fundamentales de la persona reconocidos en las Leyes». En el mismo sentido la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), 16 de diciembre de 2008, FJ 3; El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección única; Sentencia del 28 de marzo de 2003; FJ. Décimo), por ejemplo, ha evaluado –por ejemplo– ante la posible vulneración del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, a resultas de la implantación de un sistema de control horario, que este «puede reportar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, máxime cuando nos encontramos ante la imposición de una obligación a un colectivo vinculado a la Administración mediante una relación de sujeción especial. La naturaleza de esta relación, si bien no hace olvidar ...que la constitución de una relación de sujeción especial, y por tanto inspirada en especiales deberes de buena fe o lealtad del empleado (funcionario) respecto de su empleador (servicio público), no puede privar al funcionario de sus derechos fundamentales y libertades públicas, aunque sea transitoria o provisionalmente, ni desembocar en un deber de sujeción extrema o genérico (18/2002) justifica una especial exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, una adecuada política en materia de personal al servicio de la Administración, habrá de redundar en una mayor eficacia de la misma para la consecución de los intereses generales, valor reconocido constitucionalmente en el art. 103 de la Constitución y que conforme a la STC 85/1983, de 25 de octubre, plasma junto con el art. 106 la concepción constitucional de la Administración, concepción que se impone a los concretos e individuales intereses de cada uno de los posibles funcionarios afectados».

<sup>737</sup> Debe tenerse presente en este tema la clásica distinción entre «supremacía general» y «supremacía especial» pues de lo contrario «vendría prácticamente a admitirse que todo lo que justifique una intervención administrativa por una finalidad de interés público sería reducible a un caso de supremacía especial haciendo así desaparecer la razón de la diferencia de régimen» (STS de 7 de marzo de 1989).



menos intensa de la Administración en los derechos de los sujetos. En este caso, casi la totalidad de las relaciones jurídicas que vinculan a Administración y administrados merecerían calificarse como de «especial sujeción»<sup>738</sup>.

Es un dato en verdad incuestionable que la propia Constitución Española otorga cualidades especiales a ciertos sujetos, lo que –efectivamente– comporta algunas singularidades en su status jurídico<sup>739</sup>. Así sucede con los Miembros del Gobierno respecto a quienes el texto constitucional dispone que «no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna» (art. 98.3 CE), a la vez que ordena se establezca una especial regulación en cuanto a su estatuto de incompatibilidades (art. 98.4 CE). Este art. 98 de la CE contiene un auténtico mandato legal al legislador para que proceda al correspondiente desarrollo normativo en lo que se refiere a la determinación de sus miembros y estatuto e incompatibilidades de los mismos»<sup>740</sup>. El mandato se ejecuta, fundamentalmente, con el dictado de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado. La norma construye un nuevo régimen jurídico regulador, no sólo del ya existente sistema de incompatibilidades, sino de un amplio mecanismo de control sobre los altos cargos que alcanza –ente otros aspectos de

---

<sup>738</sup> No pueden confundirse, por lo demás, como ha hecho con frecuencia la jurisprudencia, las relaciones de sujeción especial con cualquier caso de relación particularizada entre la Administración y un administrado. Este es el caso al que hemos llamado de status cualificado de un administrado, que no supone necesariamente (ni ordinariamente) su inserción en una organización administrativa (García de Entrerría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (décima edición), Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, Págs. 19-20).

<sup>739</sup> Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril (2009), Madrid, Pág. 216.

<sup>740</sup> Exposición de motivos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

su privacidad— a las actividades laborales, profesionales y económicas desarrolladas *antes, durante y después de la función*, como también la evolución de su patrimonio personal<sup>741</sup>. Se pretende garantizar de este modo que «no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia» de estos servidores públicos<sup>742</sup>. Es en ese designio de asegurar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que la ley les prohíbe: **i)** compatibilizar su cargo con el desempeño de otras actividades públicas o privadas<sup>743</sup>; **ii)** declarar bajo juramento y hacer públicas sus actividades —las que durante el cargo resultaran compatibles y las que vayan a realizar una vez cesados durante los dos años siguientes<sup>744</sup>; **iii)** declarar también —ya con carácter reservado— su patrimonio (totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones)<sup>745</sup>; **iv)** desprenderse de ciertas participaciones societarias<sup>746</sup> que se considera pueden ser causa de «conflicto de intereses»; y, **v)** sólo en el caso de algunos puestos, confiar el control y gestión de sus activos financieros a una entidad financiera sin poder guiarla con instrucción alguna de cómo invertirlos<sup>747</sup>. Todos estos aspectos quedan sometidos a la vigilancia de la «Oficina de Conflicto de Intereses», adscripta orgánicamente en la actualidad al Ministerio de la

---

<sup>741</sup> Conforme los términos del art. 12 de la Ley 5/2000 «los altos cargos aportarán junto a las declaraciones [de bienes y derechos] iniciales y las de cese, así como anualmente, una copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria». Asimismo, el art. 12 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006 refiere «...2.- si existieran diferencias entre las declaraciones patrimoniales que se entregan y las últimas declaraciones tributarias, el titular del alto cargo explicará, en la declaración de bienes patrimoniales, las divergencias producidas entre ambas. 3.- Junto con las declaraciones de bienes patrimoniales que se efectúen a la toma de posesión y cese, los altos cargos aportarán copia de la declaración tributaria del último ejercicio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se depositará en el Registro».

<sup>742</sup> Preámbulo de la ley 5/2006 de 10 de abril.

<sup>743</sup> El art. 5 de la Ley 5/2006 fija el principio de «Dedicación exclusiva al cargo público». Los arts. 9 y 10, respectivamente, enuncian taxativamente las actividades públicas y privadas compatibles.

<sup>744</sup> El art. 11 de la Ley 5/2006 se refiere a la «Declaración de actividades».

<sup>745</sup> El art. 12 de la Ley 5/2006 se refiere a la «Declaración de bienes y derechos».

<sup>746</sup> El art. 6 establece las «Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias».

<sup>747</sup> El art. 13 de la Ley 5/2006 se refiere al «Control y gestión de valores y activos financieros».

Presidencia y, como es de esperar en un sistema parlamentario, también al control institucional del Congreso de los Diputados<sup>748</sup> y, de manera informal, a la ciudadanía en general, aunque con ciertas limitaciones<sup>749</sup>. Se prevé también un especial régimen sancionador frente a incumplimientos que, en caso de infracciones graves y muy graves, trae aparejada la destitución del cargo, la no percepción de la pensión indemnizatoria y la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas indebidamente<sup>750</sup>. Con todos estos antecedentes, podríamos postular que **los Miembros del Gobierno y altos cargos encajan –en principio– en la categoría jurídica de «relaciones de sujeción especial»** dado que algunos de sus derechos, claramente su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y su derecho constitucional de propiedad<sup>751</sup> (art. 33 CE); y de forma más dudosa<sup>752</sup>, sus derechos al trabajo (art. 35 CE), al ejercicio de profesión titulada (art. 36 CE)

---

<sup>748</sup> El art. 16 de la Ley 5/2006 sobre «Información al Congreso de Diputados», con la intención de asegurar «la transparencia del control de régimen de incompatibilidades» exige que la Oficina de Conflicto eleve al Gobierno cada seis meses, para su remisión al Congreso de Diputados, «información detallada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido en relación con este título y de las sanciones que hayan sido impuestas» identificando a los responsables.

<sup>749</sup> La Ley 5/2006 sólo hace «público» ante los ciudadanos el Registro de Actividades (art. 14.2) y el contenido de las «declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado» que, en este último caso, ordena publicar en el Boletín Oficial del Estado (art. 14.4) antes del 30 de septiembre de cada año (art. 13.3 del Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 5/2006).

<sup>750</sup> Ver «Régimen Sancionador» de los arts. 17 a 21 de la Ley 5/2006.

<sup>751</sup> La legislación limita, como veremos en el próximo capítulo, las facultades individuales que los altos cargos han de tener sobre sus bienes. Les exige desprenderse de ellos (tal el caso de las participaciones societarias del art. 6) o bien someter su administración a una situación jurídica que puede emparentarse a la de un fidecomiso ciego (art. 13).

<sup>752</sup> Recordamos aquí que en cuanto a las limitaciones al «derecho al trabajo» del art. 35 de la CE impuestas por un sistema de incompatibilidades en el ámbito de la Administración Pública, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de sostener que «...el sistema de incompatibilidades que en la Ley se regula, no supone vulneración, restricción o limitación inconstitucional de aquel derecho. En primer lugar, porque el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el art. 103.3 de la Norma fundamental y no en el 35; además porque el hecho de que para su ejercicio se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución –entre ellos el principio de eficacia– no implica lesión alguna del citado derecho al trabajo; también, porque el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de limitaciones, sino que garantiza simplemente que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos; y, en fin, porque el legislador puede regular, especialmente cuando se trata de trabajo desempeñado al servicio de las Administraciones Públicas, las condiciones y requisitos de desempeño del mismo,

y a la libertad de empresa (art. 38)<sup>753</sup>, se ven reducidos a resultas de la posición jerárquica que ocupan, como órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado<sup>754</sup>. Pero, más allá de que los gobernantes y altos cargos conformen también la categoría de «relaciones de sujeción especial», en todo caso y con certeza nos encontramos con un *estatus constitucional diferenciado*. Quizás por eso nos parece llamativo que estos sujetos no sean nunca mencionados por la doctrina que se dedicó al estudio de la categoría. De hecho, cuando se hace catálogo de las diversas relaciones de sujeción especial se incluye, en lo que al servicio público se refiere, a los funcionarios, en todos los casos, y sólo en algunos a los empleados, más nunca a los que ocupan la elite de la Administración<sup>755</sup>.

Entrando en el análisis de la aplicabilidad de la medida, lo que sigue es averiguar si es adecuado recurrir a la categoría de las «relaciones de sujeción especial» para justificar limitaciones en los derechos fundamentales de los altos cargos. Pues bien, más allá de que

---

incluidas las incompatibilidades con el desarrollo de actividades profesionales o laborales al margen de las consideradas por el legislador». Asimismo, en cuanto al «derecho a la libre profesión y oficio» (art. 35. CE) en el citado fundamento jurídico 8.º de la STC 178/1989, se sostuvo que «la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, no impide a nadie llevar a cabo esa elección, como tampoco la de desempeñar la profesión u oficio elegido libremente; lo que impide o condiciona es que los empleados públicos, mientras estén al servicio de una Administración Pública, desempeñen otra actividad profesional o laboral distinta de su empleo público, lo cual es algo muy distinto (STC 178/1989, F.J. 8, y en el mismo sentido, STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 4º).

<sup>753</sup> La Ley 5/2006, en virtud de la vigencia del principio de «dedicación exclusiva al cargo público» (arts. 5, 9 y 10) priva del ejercicio de una actividad laboral, profesional o empresarial al alto cargo.

<sup>754</sup> En la «organización central de la Administración» la Ley 6/1997, de 14 de abril, de la Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, ubica como «órganos superiores» a los Ministros y Secretarios de Estado, y cómo «órganos directivos», a los Subsecretarios y Secretarios generales, Secretarios Generales y Técnicos, Directores Generales y los Subdirectores Generales. Sólo estos últimos quedan fuera del concepto de ficción de «altos cargos» elaborado por la Ley 5/2006, en tanto no son nombrados por real Decreto del Consejo de Ministros, sino por el Ministro o Secretario de Estado del que dependan.

<sup>755</sup> Hay casos en que pese a la limitación constitucional quienes la padecen no son considerados inmersos en una relación de sujeción especial. Como señala García Macho, sucede con los altos cargos de la Administración del Estado, caso en que las limitaciones a los derechos fundamentales están expresamente establecidas en la Constitución y no se considera relación de sujeción especial. (García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992)

la Constitución mencione regulaciones especiales, esta categoría jurídica como tal no aparece en texto normativo alguno. Su uso consolidado en el ámbito nacional fue el resultado de la labor de doctrina y jurisprudencia. Así, en lo que respecta a la doctrina, se ha dicho que con la «relación de especial sujeción» se hace mención a una determinada situación en la que el Administrado ve mermada sustancialmente la esfera de garantías jurídicas frente a la Administración en virtud de la peculiar relación existente entre ambos, por la cual cae bajo la acción de la potestad doméstica de esta última. Se trata también de un argumento que, en ocasiones, aparece en las sentencias del Tribunal Constitucional por el cual los partícipes o las partes de esa relación deben soportar unas determinadas obligaciones que, de no ser por esta relación, no deberían soportar<sup>756</sup>. Se sostuvo también que se encuentran en esta situación los funcionarios, los presos, los militares, los profesores de centros docentes, los miembros de un colegio profesional, los auditores de cuentas o, de una manera bastante menos clara, los promotores de vivienda<sup>757</sup>.

El dato característico de la categoría jurídica no está en la intensidad de la regulación de la Administración. Lo que la define es ese aspecto doméstico, es decir, la duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación<sup>758</sup>. Sin duda, es la convivencia diaria entre la Administración y el Administrado lo que da paso a la

---

<sup>756</sup> Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, Pág. 159 y ss.

<sup>757</sup> Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 224.

<sup>758</sup> López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, Pág. 161; Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 225.

categoría y permite distinguir situaciones de sujeción general (donde no la hay) y situaciones de sujeción especial, como la que vincula a aquellos que prestan servicios con continuidad y cierta permanencia (los funcionarios, concriptos, empleados públicos en general). Y, por cierto, los Miembros del Gobierno y demás altos cargos mantienen con la Administración una relación doméstica, de convivencia diaria, aún cuando el vínculo este destinado desde su nacimiento a ser temporal.

Para evaluar la utilidad de la doctrina, es de obligada cita una referencia sobre sus orígenes históricos, pues este dato ha llevado a cuestionar su encaje en el marco constitucional español vigente. El concepto jurídico de «relaciones de sujeción especial» procede de la doctrina alemana del Derecho público de finales del siglo XIX, en la que se defendió que los ciudadanos, los escolares, los presos, los sometidos al servicio militar o los funcionarios, se encuentran en una relación estrecha con la Administración. Esta puede autónomamente limitarles sus derechos fundamentales en los reglamentos propios de cada establecimiento público. La oposición entre sociedad y Estado, típica del pensamiento constitucional germánico, de honda influencia en toda Europa, se traducía en la separación de dos ámbitos: uno el perteneciente al mundo del Derecho, y sometido por tanto a la norma y al control judicial, que comprendía las relaciones entre los ciudadanos, y entre el Estado y el ciudadano como tal; otro perteneciente al ámbito de la política, que englobaba la organización del poder y las relaciones de sujeción especial. Este último aparecía personificado en la organización del Poder Ejecutivo, máximo exponente de la acción política en la monarquía constitucional. La acción de gobierno era acción política, y, por tanto, no sujeta a Derecho<sup>759</sup>. Así lo explica Jesch cuando afirma que el concepto de

---

<sup>759</sup> López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Ob. Cit., Pág. 18.

derecho nacido bajo la Monarquía constitucional alemana, y que aún –dice– sigue ejerciendo su influencia, limitaba el ámbito del Derecho a las relaciones entre ciudadano y ciudadano, como igualmente entre el Estado y ciudadano (súbdito). En cambio no pertenecían al Derecho las relaciones comprendidas en el ámbito interno del propio Estado<sup>760</sup>, las cuales caían en la esfera del No-Derecho. Dicha esfera abarcaba sobre todo las llamadas relaciones de sujeción especial y una parte de las normas de organización<sup>761</sup>. Aún vigente ya la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y la jurisprudencia germanas admitían mayoritariamente que en la esfera de estas relaciones especiales la Administración podía actuar discrecionalmente para conseguir los fines públicos correspondientes, como si imperase aún el principio monárquico, en lugar del democrático. Pero la situación en Alemania va a cambiar a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional, del 14 de marzo de 1972, dictada en relación con el colectivo de los presos. El Tribunal reconoce, en primer lugar, que en el ámbito de la ordenación del régimen penitenciario habrá de aplicarse estrictamente el principio de legalidad. En segundo lugar, que los derechos y libertades fundamentales de los internos sólo podrán ser limitados cuando se persiga la consecución de una finalidad necesaria para el bien común, y siempre que dichos límites se hayan establecido constitucionalmente y, además, se hayan realizado por medio de una ley o sobre la base de una ley. Y al no existir una ley en la que se regularicen los derechos y libertades de los presos, las disposiciones reglamentarias que elaborase la Administración penitenciaria no podían por sí solas restringir los derechos fundamentales de los presos, cómo hasta entonces venía sucediendo. Desde entonces –se concluyó– les serán de aplicación los principios inherentes al Estado de Derecho: el principio de legalidad, el de

---

<sup>760</sup> Fundándose en la «lógica» jurídica de que *las reglas de comportamiento que el individuo se da a sí mismo, nunca pueden ser preceptos jurídicos*. Esto se entendía cierto también en lo que respecta al Estado.

<sup>761</sup> Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, Págs. 21-22.

respeto de los derechos y libertades, cuyas limitaciones sólo se efectuarán por ley, y el relativo al control jurisdiccional, no meramente administrativo, de las actuaciones de la Administración respecto de los administrados sometidos a las relaciones de especial sujeción. Lo llamativo es que esta teoría, muy criticada bajo la Ley Fundamental y que terminó por ser abandonada por el Tribunal Constitucional Alemán con la referida sentencia del año 1972<sup>762</sup>, ha pervivido en España y ha sido aplicada generosamente por el Tribunal Constitucional, dando lugar a la consolidación de una doctrina constitucional que, a criterio de un sector de la doctrina, vino a restringir, y hasta anular en la práctica la vigencia de los principios de seguridad jurídica y legalidad<sup>763</sup>.

La cuestión de si resulta posible, luego de la Constitución de 1978, continuar aplicando esta categoría ocupa el centro del debate. Las opiniones se enfrentan. A favor de la aplicación actual se ha dicho que si bien la Constitución Española no emplea este concepto, se entiende que lo mantiene cada vez que prevé limitaciones o particularidades en los derechos fundamentales o en el régimen jurídico de determinados colectivos. Así lo ve Jiménez-Blanco, cuando tras preguntarse: *¿Qué queda entonces de la vieja y tópica teoría de las relaciones de sujeción especial?*, responde que no faltan normas en la propia CE que pueden aportar una base expresa para la vigencia de la figura: el preso está privado de libertad (art. 25.2); la Administración militar puede imponer penas que tengan esa consecuencia (art. 25.3) y en ella pueden subsistir los Tribunales de Honor (art. 26); el derecho de sindicación

---

<sup>762</sup> Para una parte de la doctrina germana, la sentencia de 1 972 supuso la defenestración de las relaciones de especial sujeción como categoría jurídica; pero, para otros, respetadas las premisas antedichas, la institución sigue siendo útil en la praxis jurídica, dentro del ámbito interno de actuación de la Administración; esto sin perjuicio de que se haya optado por una nueva denominación, la de «status especiales», con el objeto de superar el lastre histórico que arrastraba su precedente (Prieto Pérez, Tomás, *La enrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 220).

<sup>763</sup> Entre otros, Gil Cremades, Rafael; *La imparcialidad en la función Pública*, Editorial Reus, Madrid, 2008, Pág. 26.



se niega o se limita en los servidores públicos (art. 28.1); también existen cautelas para el de huelga (art. 28.2); las Fuerzas Armadas y los cuerpos con disciplina militar carecen del derecho de petición colectiva (art. 29.2), los conflictos colectivos laborales no pueden afectar a los servicios esenciales (art. 37.2), no todos los ciudadanos pueden ejercitar el derecho a ser elegidos conforme al art. 23 (art. 70.1), los jueces y magistrados no gozan del art. 22 y del art. 28 CE con el mismo alcance que el común de los mortales (art. 127), como tampoco los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.4). En otras ocasiones (vgr, restricciones de la libertad de circulación o de expresión de los soldados o de los funcionarios), aun sin base expresa en la CE, el resultado se puede obtener mediante una interpretación lógica de otros bienes constitucionales (disciplina militar, imparcialidad de la Administración, etc.). A criterio del autor, lo que se acaba de decir muestra que la realidad material a que se quiere referir el concepto de «relaciones de sujeción especial» ha sobrevivido a la CE<sup>764</sup>. Recalcamos aquí, una vez más, que llama nuestra atención el hecho

---

<sup>764</sup> Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Diario La Ley, 1988, Pág. 989, tomo 2, Editorial La Ley. Pero, al tiempo, pone de manifiesto otras dos cosas: i) No hay propiamente una relación de sujeción especial –cuya elaboración se acabaría con una delgadísima capa de teoría general– sino muchas, cada una con su justificación y su alcance propios; ii) La dependencia constitucional del Derecho Administrativo es aquí especialmente acentuada: tanto la existencia (cuáles son) como el contenido (rebajas en derechos fundamentales, en reserva de ley y en control judicial) son sobre todo un asunto de interpretación constitucional. Asimismo, más allá de reconocer que la categoría tiene cabida en nuestro Derecho Público, con fundamento constitucional incluso expreso, entiende criticable «la tosca y vulgar jurisprudencia» del Tribunal Supremo que la invoca (SSTS 27 de enero de 1981; 2 de febrero de 1984; 17 de julio de 1983; 22 de febrero de 1985 y 13 de diciembre de 1985) y que tiene muy poco que ver con la buena interpretación de la Ley Fundamental de 1978: utiliza de manera acrítica, y como un «ábrete sésamo», una doctrina surgida en otro contexto y utilizarla además *contra cive*. En relación a la STS del 22 de febrero de 1985 se cita su fundamento en cuanto sostiene «Si bien el art. 19 de la Constitución garantiza el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, el apelante prescinde de su situación especial, derivada de su cualidad de funcionario, que le impone por un lado, la obligación de residir no donde libremente quiera, sino en el lugar del territorio nacional al que fuera destinado, precisamente para desempeñar su función, a diferencia de los restantes españoles, no funcionarios, que podrán elegir libremente el lugar donde fijarán su residencia, lo que, naturalmente, será consecuencia del lugar del territorio nacional donde desarrollen el derecho al trabajo y el deber de trabajar que les reconoce el art. 35 de la propia Constitución; por otro lado como consecuencia de su cualidad de funcionario así como el derecho a elegir libremente la residencia viene limitado para los no funcionarios por una posible condena penal, o por las situaciones de detención o prisión preventiva, en el funcionario este derecho de libre elección resulta también limitado en aquellos casos en los que, en virtud de un expediente, se le impone el traslado, precisamente ya que ello se deriva de su doble status, por una parte, de administrado a quien una condena penal le limitaría ese derecho, y por otra, de la de funcionario, unido a la Administración por una relación de

de que en esta completa referencia a las distintas «relaciones de sujeción especial» no se haga mención a que «los miembros del gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional y mercantil alguna» (art. 98 CE). Es indiscutible que sus derechos fundamentales, como los de los catalogados, se ven especialmente limitados a resultas del vínculo doméstico que lo une a la Administración. Quien sí se ocupa de la concreta situación de los altos cargos, es Jiménez Asensio cuando afirma que su función implica una serie de cargas adicionales en relación con la posición del resto de los ciudadanos. Precisamente, recurriendo a la voluntariedad (actos propios) y a las relaciones de especial sujeción, llega a la deducción de que los altos cargos, al desarrollar una actividad pública voluntariamente (una actividad que supone además el ejercicio de funciones decisorias de notable relieve), y con el fin pretendido por la norma de garantizar la independencia e imparcialidad, así como la transparencia en el ejercicio de funciones públicas, se ven obligados por el ordenamiento jurídico a declarar las actividades que

---

servicios, de la cual deriva la posibilidad de imponer la limitación de ese derecho cuando así se establezca reglamentariamente y como el precepto invocado no hace sino reglamentar precisamente las medidas posibles, en virtud de una información gubernativa, de un expediente disciplinario o sancionador, no puede entenderse inconstitucional, ni tampoco pretender alegar como infringido un derecho constitucional que ya quedaba limitado, en cuanto a la libre elección del domicilio, en el momento en que entró al servicio de la Administración, que era la que le fijaba el lugar de desempeño de sus funciones, sin que ello tampoco limite o infrinja el derecho constitucional invocado; pero es que, además, el precepto impugnado tampoco permite a la Administración un traslado indiscriminado, sino que exige para ello unos hechos determinantes, como son las necesidades del servicio o el menoscabo de la autoridad moral y prestigio del funcionario, y serán esos hechos determinantes los que convertirán el traslado en ajustado o no a derecho –en este caso, a la Constitución–, por afectar a un derecho fundamental». Aunque no menciona el art. 25 CE y la exigencia de reserva de ley para la tipificación de infracciones administrativas, por primera vez se sitúa el tema en sede constitucional. Es de lamentar, sin embargo, la alusión genérica a los funcionarios y las excesivas consecuencias a que se llega: i) Los derechos fundamentales –o, al menos, el del art. 19 CE– pueden ser limitados con simple cobertura reglamentaria: del art. 53.1 CE ni se habla, ii) Cuando se entra al servicio de la Administración, se ha de estar dispuesto a que sea ella la que fije el lugar de trabajo, iii) Además, en este caso, se exige que concurren ciertos hechos, aunque los conceptos utilizados por la norma –reglamentaria, no se olvide, sin distinguir si anterior o posterior a 1978– no pueden ser más generales e indeterminados: necesidades del servicio, menoscabo de la autoridad moral y prestigio del funcionario, etc; y iv) El funcionario vive en un estado realmente precario: al mismo nivel que la condena penal, la detención y la prisión preventiva, como situaciones limitadoras del derecho fundamental del art. 19 CE, se sitúan las decisiones de la Administración titular de la relación de servicios».

venían realizando, el patrimonio del que disponen, comprendiendo todos sus bienes, derechos y obligaciones. Su afirmación final es pues que los altos cargos sufren un sacrificio, parcial o completo, de algunos de sus derechos fundamentales durante el período de ejercicio de su cargo y esas limitaciones se producen como consecuencia de la especial relación estatutaria que les vincula a la Administración. Para el autor no cabe duda de que el desempeño de la actividad pública significa también modulación de alguno de los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución. Del mismo modo los derechos de carácter sindical se hallan restringidos en cuanto a que los altos cargos están excluidos de los ámbitos de negociación colectiva y del despliegue de la libertad sindical, así como el derecho de huelga queda en entredicho, puesto que, sociológicamente, los altos cargos representan, en todo proceso de negociación colectiva, los intereses de ese peculiar «empleador» que es la Administración Pública<sup>765</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional continúa en la actualidad utilizando el concepto de las relaciones especiales. Aunque lo califica de impreciso, ello no le impide sostener su vigencia, al menos implícitamente, al afirmar que «atribuye un poder de sujeción que se plasma en la imposición de una serie de obligaciones que resultarían impensables fuera de la relación que une a los funcionarios públicos con la Administración». Asimismo ha declarado que «en esas peculiares relaciones y asimilables entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas»<sup>766</sup>.

---

<sup>765</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos, Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, Ob. Cit., Págs. 165-166.

<sup>766</sup> El calificativo de «impreciso» para las relaciones de sujeción especial surge con la STC de 27 de junio de 1990. Se afirma «cierto es que la tesis podría conectarse con la nota o concepto de «debilitamiento» o relativización del principio de legalidad que este Tribunal –en ciertos casos– ha considerado en los supuestos de las llamadas «relaciones de sujeción especial» y al tratar de problemas de revocación de licencias de bares (*ad exemplum*: AATC 907/1987 y 1.110/1987). Se alude así a que **en esas peculiares relaciones y asimilables entran en juego amplias facultades autoorganizativas,**

En síntesis, quienes apuestan por la vigencia de la categoría jurídica de las «relaciones de sujeción especial» entienden que la existencia de cierta relación jurídica (como lo es la del funcionario con la Administración) viene a actuar como título legitimador para limitar los derechos fundamentales de aquellos sujetos que forman parte de ella<sup>767</sup>. Desde esta lógica, la condición específica del funcionario nacida de la relación jurídico-administrativa, funcionaría como una «cláusula limitadora» que supone un conjunto de restricciones que vienen impuestas por un régimen laboral diferente al que corresponde a un trabajador común. No obstante, —y esto sí debemos matizarlo— quienes se deciden por la vigencia, no aceptan que las «relaciones de sujeción especial» sigan constituyendo una laguna en el Estado de Derecho. Desde su perspectiva, la pertenencia actual al cuerpo funcional no implica la privación de los derechos que disfrutaban todos los ciudadanos, sino que supone el establecimiento de algunas limitaciones que persiguen la consecución del buen funcionamiento del servicio público de que se trate. En este sentido, afortunadamente la jurisprudencia constitucional ha experimentado un notable cambio. Y lo ha hecho con ocasión del enjuiciamiento de los principios que más han sufrido las inclemencias de la categoría: reserva de ley, tipicidad y *non bis in idem*. Respecto de los dos primeros, admitiendo que «una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio

---

**que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas.** Pero no cabe duda que —sin perjuicio de lo que después se dirá al respecto— no puede excluirse que en el ámbito de las relaciones de sujeción, general o especial, determinadas medidas sean sancionadas o tengan naturaleza sancionadora (...) Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza [sancionatorio] del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los arts. 35.1 y 38 de la Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales».

<sup>767</sup> Aba Catoría, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Ob. Cit., Pág. 159. También para Mariano López Benítez en las relaciones de sujeción especial encontramos aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de lo cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación” (*Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Págs. 161-162).

de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia de la intensidad de la sujeción»<sup>768</sup>. En la misma línea, la STC 234/1991, insiste en que las relaciones de sujeción especial «no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales». En este caso, al enjuiciar la validez de la prohibición de bis in idem, prescinde de la categoría en cuestión, exigiendo la presencia de un interés jurídico distinto y de proporcionalidad, como requisitos para la acumulación de sanción administrativa y penal. También, la STC 132/2001, alejándola de toda herencia que arrastrara de sus orígenes germanos, se ocupa de ligar esta categoría al principio de legalidad. Entiende que es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de «especial sujeción», «de poder especial», o simplemente «especiales». Lo importante es afirmar que la categoría «relación especial de sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han

---

<sup>768</sup> STC 61/1990, de 29 de marzo. Sobre las sentencias detalladas ver, Págs. 84-85. Jalvo, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios público (fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex Nova, 1999.

modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>769</sup>. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la legitimidad de estas especiales reglas de sujeción al tratar el caso de una sanción disciplinaria por manifestaciones a los medios de comunicación contrarias a la disciplina militar<sup>770</sup>. En su opinión, al abrazar una carrera militar, el demandante se sometió por su propia voluntad a esa particular disciplina. Este sistema implica, por su naturaleza, la posibilidad de imponer, a ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas, unos límites que no pueden ser impuestos a los civiles<sup>771</sup>. Pero, con todo ello, lo cierto e importante es que al menos en el ámbito español, aún cuando se sostenga su vigencia nadie niega que el derecho a no padecer intromisiones en el ámbito de la vida privada, el derecho a no ser inoportunado, no desaparece cuando el titular del derecho a la intimidad, por las circunstancias que sean, se encuentra en una situación de sujeción especial. A diferencia de otros derechos, cuyo ejercicio está impedido a determinadas personas por razón de su situación personal o condición profesional, como es el caso de los extranjeros no comunitarios para ejercer el derecho al sufragio (art. 23.1

---

<sup>769</sup> STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4. Igualmente la STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3 afirma «en el marco de esta doctrina general, más concretamente, hemos declarado que las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid entre otras, SSTC 2/1987; 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)» (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ. 2)». Heredera de la postura del Tribunal Constitucional Español, es la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Nos interesa aquí citarla porque se la utilizó, precisamente, para argumentar sobre una inversión de la carga de la prueba en el caso del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y la legitimidad de exigirles declaraciones juradas sobre su patrimonio. Gustavo A. Bruzzone y Hernán Gullco explican que la doctrina de «relaciones de sujeción especial» fue desarrollada originariamente en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo la acogida por el Tribunal Constitucional Español, con los siguientes alcances: *el voluntario sometimiento a un régimen jurídico y a una determinada jurisdicción comporta un inequívoco acatamiento a sus normas y, por ende, determina la improcedencia de una impugnación ulterior con base constitucional*. La doctrina ha sido aplicada por la Corte en algunos casos en los que se discutía la validez constitucional de ciertas restricciones a derechos fundamentales –que no tenían contenido patrimonial– de personas que se encontraban sometidas a regímenes disciplinarios especiales (Cfr. Bruzzone, Gustavo A.; Gullco, Hernán –coord–, *Teoría y Práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, Págs. 13-31.)

<sup>770</sup> TEDH, Caso *Camacho López Escobar contra España*, Sentencia de 20 de mayo de 2003.

<sup>771</sup> TEDH, Caso *Engel y otros contra Holanda*, Sentencia de 8 de junio de 1976.

CE), o el de los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, que no podrán desempeñar cargos públicos (art. 23.1 CE), ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1 CE), la titularidad del derecho a la intimidad, como la de otros derechos fundamentales, no queda excluida para las personas sujetas a una situación de sujeción especial<sup>772</sup>.

Como adelantamos, al menos en la doctrina, el encaje constitucional de las «relaciones de sujeción especial» es fuertemente cuestionado. Para un sector, tras la Constitución de 1978 perdió toda vigencia. Desde su perspectiva, se piensa que la categoría no puede ya esgrimirse como justificante de la limitación de derechos fundamentales de los funcionarios; que tras la publicación de la Constitución Española existe una clara quiebra en el concepto tradicional que había hecho de los vínculos de sujeción especial auténticos títulos legitimadores para la limitación de los derechos fundamentales y que su utilización se prestaría a que la Administración fortalezca su intervención en el ámbito de los derechos fundamentales de aquellos sujetos vinculados a ella, con el fin de controlar y supervisar su actuación y comportamiento<sup>773</sup>. Es definitiva: que con la proclamación del Estado de

---

<sup>772</sup> Carrillo, Marc, *El Derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Ob. Cit., Pág. 145. Así lo reconoce también el Tribunal Constitucional cuando afirma «El art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial que a todas las personas reconoce el art. 24.1 de la Constitución (así, SSTC 113/1995, 235/1998 y 14/1999, de 22 de febrero)» [STC 31/2000 de 3 de febrero, FJ 6º].

<sup>773</sup> También se esgrimen otras razones como su «innecesariedad» de la que luego hablaremos. En este sentido se ha dicho que «La doctrina de las *relaciones de sujeción especial* cuyo origen histórico habría que situarlo en la Alemania del siglo XIX, y que en los últimos años está siendo objeto de especial atención en nuestro país, fue objeto de severas críticas, desde diferentes disciplinas, a la hora de su acritica traslación al ámbito penitenciario por el Tribunal Constitucional. Las razones son varias. Una de ellas, que en el momento de su adopción por el Alto Tribunal ya llevaba mucho tiempo cuestionada, allí incluso donde tuvo su nacimiento; referencia inexcusable en este punto sería la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* Alemán de 14 de marzo de 1972, por todos conocida. Otra, la verdaderamente determinante, porque nos encontramos ante una **construcción que sería innecesaria** en nuestro ordenamiento al efecto de articular los peculiares contornos de la relación penitenciaria. Esta cabría dibujarla con exclusividad apelando sin más al artículo 25.2 de nuestra norma

Derecho queda desactivada su virtualidad<sup>774</sup>. Así, según Chinchilla los supuestos en que la Norma Suprema ha establecido límites o condiciones para el ejercicio de algunos derechos por parte de determinados colectivos no tienen por qué llevar irremediabilmente a la conclusión de que la categoría de las relaciones de sujeción especial tenga un lugar en la Constitución, pues estos y otros supuestos pueden explicarse fácilmente a través de otras categorías jurídicas que resultan más familiares y están mejor definidas en la Teoría General de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, como son los deberes constitucionales o los límites consustanciales al ejercicio de cualquier derecho fundamental en razón de la salvaguarda de valores igualmente constitucionales<sup>775</sup>.

Pues bien, contando ya con estos antecedentes, podemos formular nuestra opinión con suficiente fundamento. Tras la extensa reseña, nuestros argumentos transitarán, en lo tocante a la operatividad de la categoría de «relaciones de sujeción especial», caminos similares a los avanzados al tratar operatividad de la «doctrina de los propios actos»: así como nunca puede ser la voluntad del servidor público la que se imponga para justificar una injerencia del Estado en su intimidad, tampoco podrá ser una «prepotente» potestad de la Administración la que lo limite.

Ya vimos en detalle que cuando se habla de una situación de «sujeción» se está haciendo referencia a una situación jurídica subjetiva de potestad en la que se encuentra la Administración respecto de, en este caso, los funcionarios públicos (o altos cargos)

---

suprema, que, tras señalar, como primera provisión, la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de esa relación (más allá de imprecisiones técnicas sobre su ámbito subjetivo, en las que no entraremos), determina que se encontraran sujetos a una triple limitación. Estas provendrían del contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». (Cfr. Reviriego Picón, Fernando, *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales: algunos aspectos sobre la intimidad en los centros penitenciarios*, Publicación Especial, Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2006).

<sup>774</sup> Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, Pág. 423.

<sup>775</sup> Enciclopedia Jurídica Básica, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, Pág. 5756.



eventualmente afectados por la actuación de la Administración<sup>776</sup>. Pero tiene que destacarse que la potestad y la correlativa sujeción son situaciones jurídicas ambas subordinadas al ordenamiento jurídico<sup>777</sup>. Podríamos pensar que la sujeción del alto cargo, tal como parece desprenderse de algunos argumentos de la doctrina, supone la inexcusabilidad o la eventualidad de soportar los efectos de una potestad limitadora, entre otros, de la intimidad, sobre su propio ámbito jurídico. Pero lo cierto es que esta sujeción no es tanto una sujeción al poder de la Administración, sino al mismo ordenamiento jurídico entendido objetivamente. Es el ordenamiento jurídico, no la voluntad limitadora de la Administración, ni la voluntad de prestarse a la limitación del funcionario «por sus propios actos», el que habilita y da eficacia jurídica a las restricciones de los derechos fundamentales. Es, por tanto, el ordenamiento jurídico el que ampararía la posible incidencia sobre la esfera personal y privada de los altos cargos y la situación de pasividad, de tolerancia de la molestia que se espera de aquellos.

La norma que atribuye potestad a la Administración se ve condicionada al efectivo respeto, en el ejercicio de la misma, a todo el ordenamiento jurídico, entre ellos a los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, igualdad y, sobre todo,

---

<sup>776</sup> Obsérvese, dicho sea de modo incidental, la escasa fijeza a la hora de nombrar a este tipo de relaciones, en las que el adjetivo «especial» en unas ocasiones califica al sustantivo «relaciones», de modo que, en esta tesitura, se distinguirían dos tipos diferenciados de relaciones, las generales y las especiales, y en otras acompaña al término «sujeción» (o poder), de suerte que en esta segunda versión, ha de colegirse, no hay sino un único tipo de relaciones, moduladas según el carácter general o especial del vínculo de sujeción o de poder. Diversidad terminológica que, igualmente, puede observarse en los autores que se han acercado al estudio de esta cuestión, expresiva del distinto entendimiento conceptual de la figura (Alegre Avila, Juan Manuel, *Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 17/2001, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001).

<sup>777</sup> En efecto, «por **potestad** se entiende, en términos generales, aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente. Frente a la potestad existe siempre, pues, y como correlato lógico de la misma, una obligación o deber de comportamiento, **una situación de sujeción** que definimos, también en términos generales, como el deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica el ejercicio legítimo de la potestad. Pero, lo fundamental, es que «La potestad tiene su origen siempre en una norma jurídica, que la atribuye al sujeto titular de ella» (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ob. Cit., Pág. 879).

proporcionalidad, en sus manifestaciones de idoneidad, mínima lesión y proporcionalidad en sentido estricto. Es este último criterio el que, por su trascendencia en el ámbito de los derechos fundamentales, merece reconocerse como «pieza clave» o argumento que por sí mismo justifica suficientemente la legitimidad de una limitación.

**La eventual situación de sujeción especial de los altos cargos, o de los funcionarios (lo mismo da), nunca podrá ser una situación de sometimiento indiscriminado, en la medida en que aún cuando todos ellos asumen voluntariamente [«por sus propios actos»] un cargo y se someten a un régimen jurídico especial [«relaciones de sujeción especial», sólo resultan obligados a soportar las limitaciones en tanto y en cuanto sean no arbitrarias y proporcionadas.** En este caso, que la Administración pueda hacer valer frente a ellos un mayor poder, o que pueda tener cierta prepotencia su voluntad, es del todo irrelevante. Si la injerencia que pretende imponer no es proporcionada, no hay potestad legítima posible. **No existe, por tanto, una «especial» sujeción del alto cargo o funcionario al poder exorbitante de la Administración, sino que ambos, Administración y servidor público, están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.** No falta razón cuando se sostiene que la denominada situación de sujeción constituye más propiamente una sujeción al ordenamiento que las configura.

No puede admitirse que surja esta supuesta situación de sujeción más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico. No podría ser de otra forma en un Estado de Derecho en el que la sujeción y sometimiento sólo existe respecto de normas jurídicas, en concreto, de la Constitución y el resto de las normas del ordenamiento jurídico, y este sometimiento es tanto predicable de los funcionarios, como de los particulares, como de la Administración misma. Ya no hay ámbito alguno de No-Derecho.

**En rigor, las relaciones entre los funcionarios y los poderes públicos son «relaciones jurídicas», no relaciones de poder o relaciones de sujeción especial.** Y desde esta perspectiva es que podemos afirmar que la categoría de «relaciones de sujeción especial» es, al menos desde el dictado de la Constitución de 1978, una construcción innecesaria en el ordenamiento jurídico español: el título limitador de los derechos fundamentales no puede ser otro que el ordenamiento jurídico. La justificación debe encontrarse antes, en la necesidad de dar vigencia a una sociedad democrática. Si se reconoce la prevalencia de un interés público relevante, el funcionario o ciudadano no puede, ni resistir la intromisión ni tampoco convalidarla, pues ella ya está justificada en virtud de la materia de la que trata [hecho relevante] y del sujeto al que se refiere [administrador del poder estatal]. El funcionario público debe soportar ciertas injerencias en su intimidad no, esencialmente, porque existe un régimen jurídico especial que así se lo reclame, sino porque así lo reclama la plena vigencia de una sociedad democrática<sup>778</sup>.

De hecho, tal como advierte Prieto Alvarez, el Tribunal Constitucional, que inicialmente no dudó en identificar tales o cuales relaciones entre la Administración y determinados ciudadanos como de especial poder, en no pocos pronunciamientos habidos en los últimos años –desde 2001–, sin negar la categoría ni desautorizar sus propios precedentes, opta por eludir calificaciones o denominaciones sobre las relaciones jurídico-administrativa. Con el argumento de que la categoría que nos ocupa «no es una norma constitucional», evita pronunciamientos de dogmática jurídica y se contenta con extraer las concretas conclusiones jurídicas. La opción del Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a supuestos encajables en esta categoría es prescindir de categorizaciones y

---

<sup>778</sup> De acuerdo a jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Español, la condición de una «sociedad democrática» es el parámetro para evaluar la necesidad de una injerencia y que para determinar si existe dicha «necesidad» y qué medidas deben ser adoptadas para responder a ella, las autoridades internas gozan de cierto margen de apreciación.

resolver el problema concreto que se le somete. Si tiene interés en aislar esta categoría y concretar sus consecuencias es por mor de la eventual incidencia sobre los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que se hallen inmersos en esa peculiar relación con la Administración<sup>779</sup>.

**Lo que postulamos es desplazar el centro de gravedad de los argumentos y focalizarlo en el canon de constitucionalidad.** Prácticamente es irrelevante discutir si la teoría de la «doctrina de los propios actos» o bien la teoría de las «relaciones de especial sujeción» son válidas o no en el actual marco constitucional para evaluar restricciones del poder público en los derechos fundamentales de sus altos cargos o gobernantes, o de los funcionarios públicos en general. La clave está, definitivamente, en discutir si son «útiles» a ese fin. Pero la utilidad debe estar dada por su corrección, por su aptitud para explicar o evaluar aquellos límites. Tal es la razón por la cual ambas no nos parecen desacertadas, sino insatisfactorias, ineficaces para dar solución al problema que presentamos: la doctrina de los propios actos, porque la voluntad del agente termina por ser irrelevante; la de las relaciones de sujeción especial, porque no hace más que describir un estado de cosas, es decir la existencia de una situación jurídica en la que hay sujetos sometidos y sobre los que pesan especiales cargas. Ninguna de ellas da en el punto. No son el medio más apropiado para el logro que se proponen.

**Nuestra propuesta no introduce una novedad, los argumentos utilizados no varían sino en la forma de presentarlos: desplazamos el centro de gravedad desde la invocación a la voluntad individual del agente o de la potestad de la administración,**

---

<sup>779</sup> Prieto Pérez, Tomás, *La enrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Ob. Cit., Pág. 217-218.

**hacia el «canon de constitucionalidad», en la inteligencia de que sólo este último resulta en sí mismo jurídicamente operativo.**

«Propios actos» y «relaciones de sujeción especial», ambas, dan la facilidad de terminar una discusión, solventan problemas jurídicos sin mayor esfuerzo argumentativo, son en este sentido expeditas, pero no son rigurosas a los fines perseguidos. Nos conducen a la incorrección de no exponer en detalle las verdaderas justificaciones jurídicas determinantes de las limitaciones. Los problemas de limitación de los derechos fundamentales se deben resolver, invariablemente, acudiendo al instrumento ordinario de interpretación: el juicio de proporcionalidad<sup>780</sup>.

---

<sup>780</sup> Seguimos para esta afirmación lo argumentado tan lúcidamente por Lasagabaster Herrarte en las conclusiones finales de su obra y también destacado por Prieto Alvarez: «Las relaciones especiales de sujeción puede decirse, pues, que disfrutan de una clara explicación de su nacimiento, pero no de su existencia actual. Los avances del Estado de Derecho y la eliminación de la separación Estado-sociedad han desactivado la virtualidad de la categoría. Las dificultades que la juridificación de ciertas materias encuentran tampoco justifican su existencia. Los problemas interpretativos que se producen en relación con el principio de legalidad o con los derechos fundamentales se pueden resolver acudiendo a los instrumentos ordinarios de interpretación. Acudir a las relaciones especiales de sujeción es una solución fácil y muy poco rigurosa, además de dudosamente compatible con el texto constitucional. En definitiva, se considera que las relaciones especiales de sujeción son una categoría jurídica justificable históricamente, asumida acriticamente y útil judicialmente. Su utilización ha solventado los más variados problemas interpretativos, sin mayor esfuerzo argumentativo. Con ella se puede hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que el ciudadano se encuentra en una situación de “dependencia acentuada”, lo que se producirá siempre que el ciudadano tenga una relación jurídica con la Administración. Si algunas relaciones jurídicas producen una mayor acentuación de la dependencia, difícilmente podrá deducirse de ello consecuencias jurídicas» (Cfr. *Las relaciones de sujeción especial*, Ob. Cit., Pág. 423).



### 3. Canon constitucional: el juicio de proporcionalidad

Como se justificó en los puntos que anteceden, los límites a los derechos fundamentales no pueden resolverse invocando fórmulas apriorísticas, sino al amparo de circunstancias concretas y evaluando los intereses presentes en cada caso. De tal suerte, para disponer de categorías constitucionalmente válidas que justifiquen los límites que en esos derechos deben soportar los gobernantes y altos cargos, será necesario atender a todos los intereses y bienes jurídicos derivados del fin último de la función que ellos desarrollan.

La intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, tiene un «contenido esencial» que es infranqueable<sup>781</sup>, y esta afirmación responde casi a una intuición pues la determinación de este contenido esencial debe ser, previamente, objeto de una fundamentación que responde a la estructura del «principio de proporcionalidad»<sup>782</sup>. Como no ocurría con las reseñadas «doctrina de los propios actos» y «relaciones de sujeción especial», este concepto jurídico nos brinda una máxima racionalidad<sup>783</sup> a la hora de analizar las limitaciones al derecho a la intimidad de los altos cargos y gobernantes dispuestas por los poderes estatales.

---

<sup>781</sup> La vigencia de la intimidad será resistente incluso ante eventuales imposiciones de las mayorías democráticas: una ley no puede exigir una renuncia al resguardo de la vida privada, como tampoco una injerencia que no sea proporcionada.

<sup>782</sup> Para Medina Guerrero, «se asume generalizadamente –al menos en línea de principio– que el contenido esencial es un *límite de los límites* que cuenta con entidad propia frente al principio de proporcionalidad» (Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996 y *El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Público (Instituto Nacional de Administraciones Públicas), Núm. 5, 1998, Págs. 119-142).

<sup>783</sup> Se afirma que esta es la estructura argumentativa que ofrece mayor grado de racionalidad relativa a la determinación del contenido de los derechos fundamentales. En este sentido se ha dicho: «Ciertamente, la aplicación del principio de proporcionalidad no constituye un procedimiento que garantice la objetividad o la racionalidad jurídica absoluta de la fundamentación de normas adscritas, ni que conduzca en todos los casos al hallazgo de una única solución correcta. No obstante, ésta no representa una característica exclusiva de la aplicación del principio de proporcionalidad. Ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar la objetividad, en razón de que es imposible suprimir los radicales conflictos sobre apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los derechos fundamentales y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional» (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 248).

Para la precisión de esta categoría seguiremos en las próximas líneas a Bernal Pulido<sup>784</sup>, fundamentalmente porque su estudio avala que el principio de proporcionalidad es el único criterio apropiado para fundamentar, en sus aspectos sustanciales, las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de los derechos fundamentales<sup>785</sup>. Veamos entonces:

El «principio de proporcionalidad» aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional<sup>786</sup>. Su estructura argumentativa se presenta como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>787</sup>. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. A saber:

---

<sup>784</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Ob. Cit., Pág. 35-37.

<sup>785</sup> La denominada ponderación de bienes e intereses realizada por el Poder legislativo, es decir, los criterios de valoración que utiliza el legislador para adoptar una medida restrictiva de los derechos fundamentales difícilmente son controlables al margen del principio de proporcionalidad (a diferencia de lo que sucede con las resoluciones judiciales), ya que el legislador desde un punto de vista constitucional tiene una amplia libertad de apreciación [Vid. STC 55/1996, FJ6, referida por Gavara de Cara, Juan Carlos, *El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 16/2003 (Estudio), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2003]

<sup>786</sup> SSTC 66/1995 (concentración de trabajadores de banca); 55/1996 (régimen penal de la prestación social sustitutoria—II); 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal); 161/1997 (delito de negativa a someterse al test de alcoholemia); 37/1998 (filmación de un piquete informativo) y 136/1999 (Mesa Nacional de HB). El test también ha sido invocado en otros supuestos, aunque posteriormente no se haya analizado cada uno de sus elementos. Este es el caso, por ejemplo, de las SSTC 69/1999 (precinto de equipos radioelectrónicos); 202/1999 (base de datos sobre bajas médicas); 98/2000 (Casino de La Toja); 186/2000 (filmación del cajero de un economato), 265/2000 (denegación de un puesto funcional a un representante sindical liberado); 103/2001 (directrices generales de los planes de estudio universitarios); 169/2001 (prohibición de abandonar España como medida cautelar) y 53/2002 (permanencia en frontera de los solicitantes de asilo). A su vez, el test alemán de la proporcionalidad también ha sido utilizado parcialmente en los múltiples pronunciamientos que en los últimos años se han referido a autorizaciones judiciales de intervenciones telefónicas y de entradas en domicilio. A modo de ejemplo, vid. las SSTC 49/1999 y 8/2000, respectivamente (González Beilfuss, Markuz, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional*, Publicación Especial: Editorial Aranzadi SA, septiembre 2006).

<sup>787</sup> Se ha constatado la utilización de otros nombres para los subprincipios. El requisito de la necesidad ha recibido el nombre de «subsidiariedad», «indispensabilidad» o «imprescindibilidad» en las SSTC 175/1997 [intervención de la correspondencia de un recluso], 69/1999 [precinto de equipos radioelectrónicos] y 122/2000 [intervención telefónica], respectivamente, mientras que recientemente el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto está siendo sustituido por el de «ponderación» en Sentencias como la 265/2000 [denegación de un puesto funcional a un representante



i) Según el sub principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

ii) De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

iii) Finalmente, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otras palabras: las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. En efecto, cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención [idoneidad]. Posteriormente, verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto [necesidad]. Por último, evalúa si las

---

sindical liberado] y 53/2002 [permanencia en frontera de los solicitantes de asilo] (Cfr. González Beilfuss, Markuz, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit.).

ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad [proporcionalidad en sentido estricto]. De esta forma, el «juicio de proporcionalidad» funciona como una interdicción del exceso<sup>788</sup>: si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, se considera que vulnera el derecho fundamental intervenido y, en consecuencia, ha de ser declarada inconstitucional<sup>789</sup>.

Aunque el «principio de proporcionalidad» no está explícitamente enunciado en la Constitución Española, sí lo está implícitamente. La proporcionalidad es para la Administración un imperativo constitucional que se deriva del art. 106.1 CE cuando se le ordena actuar con pleno sometimiento a los fines que la justifiquen. Asimismo, su fundamentación se reconduce al art. 53.1 CE en tanto toda intervención en los derechos fundamentales que sea desproporcionada, vulnera su contenido esencial<sup>790</sup>. También se

---

<sup>788</sup> En la dogmática alemana es conocida la distinción entre la *prohibición de exceso* y la *prohibición de protección deficiente*. Ambas tienen la misma estructura general, aunque con ciertas variaciones (Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Ob. Cit., Pág. 800).

<sup>789</sup> Se trata, en definitiva, de una proporcionalidad de medio a fin que exige contar con un medio adecuado, es decir, un medio congruente con la finalidad. De no serlo la intervención en el derecho fundamental debe ser declarada ilegal. En este sentido se ha dicho que «El principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional como un elemento para determinar la exclusión de desarrollo normativo de los derechos fundamentales cuando no sea adecuado, necesario o racional en relación con la finalidad perseguida por el legislador con dicha regulación. De este modo se produce una declaración de inconstitucionalidad cuando la relación entre la regulación y la finalidad no sea idónea, cuando pueda ser alcanzada la finalidad de la normativa de una forma que suponga una menor carga para los derechos fundamentales de los individuos, o cuando suponga un perjuicio para el derecho fundamental por no ser dicho desarrollo normativo racional con relación a la finalidad perseguida por dicha medida» (Gavara de Cara, Juan Carlos, *El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales*, Ob. Cit.). Asimismo, sobre esta construcción del principio de proporcionalidad véase: Barnes Vázquez, Javier, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, Revista de Administración Pública (RAP), 1994, Núm. 135, septiembre-diciembre, Pág. 495 y ss.; y Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs. 295 y ss.).

<sup>790</sup> El art. 53 CE, precepto clave para articular el régimen de garantías de los derechos fundamentales, se ha podido calificar, en cuanto a ordenador de mandatos al legislador, al poder judicial y al resto de los poderes públicos, como el mejor texto existente en el derecho comparado (Häberle, Peter, *Efectividad de los derechos fundamentales*, en López Piña,

impone en virtud del art. 10.1 CE, toda vez que puede considerarse igualmente como una derivación de la dignidad humana, en su calidad de «fundamento del orden político y la paz social»<sup>791</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación, hay quien sostiene que el principio de proporcionalidad en sentido amplio sólo se lleva a la práctica cuando los derechos fundamentales son objeto de intervención por parte de medidas estatales, y que, en cambio, la ponderación se aplica cuando la intervención proviene de otro particular<sup>792</sup>. Y se entiende por ponderación el principio que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado [lo que coincidiría, como vemos, con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto]. Pero si bien es cierto que históricamente el principio de proporcionalidad se ha aplicado en casos de relaciones entre el Estado y el ciudadano, nada impide que pueda tener aplicación en las relaciones entre particulares. Los llamados conflictos entre derechos fundamentales de dos particulares ostentan la misma estructura que las intervenciones del Estado en los derechos y que, por lo tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de

---

Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 260-277).

<sup>791</sup> Más allá de lo expuesto, el principio de proporcionalidad también puede recibir una fundamentación adicional. El principio de proporcionalidad es una de las piezas claves que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado en las últimas décadas para la interpretación de los derechos previstos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales –ratificado por España– y en sus protocolos adicionales. Por esta razón, no es extraño encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el reconocimiento expreso de que la recepción del principio de proporcionalidad se impone en el ámbito de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 10.2 CE. En efecto, este principio se encuentra reconocido en el plano supranacional europeo y constituye, en consecuencia, Derecho aplicable para los respectivos Estados miembros (Barnes Vázquez, Javier, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, Ob. Cit., Pág. 496)

<sup>792</sup> Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 109 y ss.

proporcionalidad en sentido amplio<sup>793</sup>. De hecho, el Tribunal Constitucional es contundente cuando afirma que la ponderación es una obligación expresa de los tribunales a la hora de evaluar, entre otros, el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el honor, en el caso de que se denunciara la ilegítima injerencia cometida por otro particular<sup>794</sup>.

Entrando en la estructura argumentativa del «principio de proporcionalidad», haremos una síntesis de su desarrollo:

**Presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad**<sup>795</sup>: se trata de una etapa previa a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Aquí tenemos en cuenta dos presupuestos: i) La adscripción *prima facie* a una de las disposiciones iusfundamentales tipificadas en la Constitución, de la norma o posición que resulta afectada por la ley objeto del control de constitucionalidad;<sup>796</sup> y ii) La intervención legislativa en un derecho fundamental<sup>797</sup>. El concepto de intervención en un derecho fundamental debe ser

---

<sup>793</sup> En estos casos, existe un acto de un particular que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de un derecho fundamental de otro particular. Al enjuiciar el caso, el juez ordinario, y luego el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, han de establecer, si el acto de intervención particular constituye el ejercicio de una posición *prima facie* adscrita a otro derecho fundamental, garantizado por la Constitución. Este es el juicio de idoneidad. Posteriormente, han de indagar si este derecho fundamental puede ser ejercitado con la misma eficacia por conducto de una medida menos restrictiva del derecho fundamental del afectado –juicio de necesidad–. Y por último, en caso de que la intervención supere los juicios de idoneidad y de necesidad, se ha de corroborar que las ventajas que el acto enjuiciado reporta para quien lo haya acometido desde el punto de vista de su derecho fundamental, logran superar las desventajas que se causan al titular del derecho fundamental objeto de la intervención. (Cfr. Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Ob. Cit., Pág. 567).

<sup>794</sup> El Tribunal Constitucional tiene dicho que «cuando del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 de la CE resulten afectados otros derechos **el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto**, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional» (STC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2)

<sup>795</sup> Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Ob. Cit., Págs. 620 y ss.

<sup>796</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 621 y ss.

<sup>797</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 657 y ss.

considerado de manera amplia<sup>798</sup>. De acuerdo con esta concepción amplia, toda ley (ya sea de regulación o de desarrollo) que afecte a un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa, debe ser considerada como una intervención legislativa en el derecho respectivo. La atribución del carácter de intervención a una norma legal pone en marcha el análisis de la proporcionalidad en el que debe demostrarse que las desventajas que la norma legal introduce en el derecho fundamental están justificadas<sup>799</sup>.

### **Aplicación misma del principio de proporcionalidad: estructura de los subprincipios<sup>800</sup>.**

Como ya adelantamos, el principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En lo que respecta al proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, en primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airoso, finalmente al

---

<sup>798</sup> En este análisis argumental **se diferencia el concepto de «intervención» con el de «restricción»**. La catalogación de una norma legal como una **intervención** tiene lugar antes de la aplicación del principio de proporcionalidad; es uno de sus presupuestos. Cuando se cataloga a una norma legal de *intervención* de un derecho fundamental, es porque afecta negativamente a una de sus normas o posiciones *prima facie*. Por el contrario, la certeza de que una norma legal es una **restricción** o una vulneración de un derecho, se produce sólo después de la aplicación del mencionado principio o por fuera de su estructura argumentativa. Fuera de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, puede considerarse que una norma legal es una *restricción* de un derecho fundamental, cuando el Legislador afecta negativamente a un derecho de una forma que no despierta ninguna sospecha de inconstitucionalidad (es un caso fácil sobre la constitucionalidad de la ley). La restricción obtiene su identidad después de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, cuando se llega a la conclusión de que la norma legal cumple sus exigencias y de que, por tanto, debe valer de manera definitiva. Por su parte, el convencimiento acerca de la vulneración de un derecho fundamental surge, por fuera de la estructura de la proporcionalidad, cuando se presenta un caso claro de inconstitucionalidad de la norma legal; y, después de la aplicación de sus subprincipios, cuando mediante este *iter* argumentativo se establece que la norma iusfundamental afectada debe valer de manera definitiva y que la norma legal debe ser declarada inconstitucional (Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 691-692).

<sup>799</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 664.

<sup>800</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 692 y ss.

escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional<sup>801</sup>.

En cuanto al análisis de los tres subprincipios, se explica:

### **i) Subprincipio de idoneidad**

De acuerdo con él toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención. Dicho en otras palabras, la aplicación del subprincipio de idoneidad consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido por el Parlamento para fomentar su finalidad. Por tanto, para emprender este análisis de idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo<sup>802</sup>. La cuestión en este punto es determinar qué es un fin constitucionalmente legítimo. Por una parte, podría sostenerse que el fin que fundamenta la intervención legislativa en un derecho fundamental sólo debe catalogarse como legítimo, cuando se trata de otro derecho fundamental. Por otra parte, podría adoptarse una postura un poco más amplia, que aceptara que, además de los derechos fundamentales, también otros principios constitucionales pueden erigirse como fundamento legítimo de tales intervenciones.

---

<sup>801</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 693.

<sup>802</sup> Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional como «juicio de razonabilidad».

Coincidimos con el autor de referencia en esta última concepción<sup>803</sup>. En efecto, fuerza es reconocer que el principio democrático lleva consigo el llamado «principio de libertad de fines del Legislador». La atribución constitucional al Parlamento de la competencia para configurar los derechos fundamentales y para tomar las decisiones más importantes de la vida política implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no esté prohibido por la Constitución<sup>804</sup>. Cuando el fin de la intervención legislativa [también pensamos en la acción de un particular] en un derecho fundamental es otro derecho fundamental, se traba una colisión entre derechos fundamentales en sentido estricto. En segundo lugar, la intervención legislativa puede perseguir de forma mediata la realización de otro principio constitucional –un bien colectivo o un bien jurídico– que no consista en un derecho fundamental. En este tipo de supuestos, bien puede tratarse de un principio que aparezca explícitamente

---

<sup>803</sup> En el mismo sentido, González Beilfuss, Markus, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit. Se afirma que la jurisprudencia de los últimos años ha permitido clarificar en buena medida un aspecto sobre el cual no siempre habían existido pronunciamientos homogéneos: la dimensión constitucional de la finalidad de la medida objeto de control. En este sentido, las referencias a su constitucionalización o a su relevancia constitucional [SSTC 22/1981 y 196/1987] han sido sustituidas por la exigencia de su simple legitimidad constitucional [SSTC 207/1996 (intervenciones corporales durante la instrucción penal) y 136/1999 (Mesa Nacional de HB)], aunque en algunas sentencias recientes continúa presente la inercia de vincular dicha finalidad a bienes de relevancia constitucional, esta última doctrina sea adecuada mucho más a la posición institucional del legislador democrático y de los órganos jurisdiccionales y administrativos.

<sup>804</sup> Sobre el particular se explica «Por consiguiente, la legitimidad de los fines de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales no debe ser concebida de modo positivo, con respecto a lo prescrito por la Constitución –es decir, mediante la fórmula: el Legislador solo puede perseguir legítimamente los fines estatuidos en el texto constitucional–, sino de una manera negativa, o sea: cualquier fin legislativo es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución (Págs. 692-693). El carácter negativo y amplio de la definición de fin legítimo, que hemos expuesto hace que múltiples fines legislativos puedan ser considerados como razones normativas que fundamentan legítimamente las intervenciones en los derechos fundamentales. Los fines favorecidos mediante las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales tienen la categoría de principios. Estos principios son razones normativas *prima facie* que fundamentan la constitucionalidad de la medida de intervención legislativa que pretende realizarlos. Toda intervención en un derecho fundamental puede perseguir legítimamente, de forma mediata, la realización de un derecho individual, de un bien colectivo, o de un bien jurídico, garantizado por un principio (Pág. 702). Entre los principios que pueden constituirse como fines mediatos de las intervenciones legislativas, se encuentran: los derechos fundamentales, los demás principios constitucionales y los llamados principios constitucionales de segundo grado, bien sea que éstos se deriven de una reserva de ley específica o de la reserva de ley general de intervención en los derechos fundamentales (Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 703).

tipificado o mencionado en la Constitución o de un principio implícito o adscrito a alguno de los principios explícitos. Por último, las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales pueden fomentar legítimamente la realización de principios constitucionales de segundo grado. Los principios constitucionales de segundo grado son fines que, a pesar de no aparecer en el texto constitucional, pueden fundamentar las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, cuando el Legislador pretende realizarlos en ejercicio de una reserva específica de ley o de alguna de las reservas generales de los artículos 53.1 y 81.1 CE. La determinación del fin mediato e inmediato de la intervención legislativa en el derecho fundamental constituye el principal aspecto práctico de esta primera fase del juicio de idoneidad. El fin inmediato del Legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional [el fin mediato]. Se debe diferenciar claramente entre la medida adoptada por el Legislador [el medio], su finalidad concreta [el fin inmediato] y el principio constitucional de primer o segundo grado al que esta finalidad pueda adscribirse [el fin mediato]. Por tanto, determinar el fin del legislador consiste en una tarea interpretativa. Se trata de desentrañar el objetivo mediato e inmediato del Parlamento a partir de alguna de las fuentes: Constitución, texto de la ley en cuestión mediante una interpretación teleológica-objetiva de las disposiciones que la componen, incluso su preámbulo. Una vez que se haya determinado el fin inmediato de la intervención legislativa en el derecho fundamental, lo haya adscrito a un principio constitucional de primero o de segundo grado [el fin mediato] y haya analizado la legitimidad de este último, debe enjuiciar si la medida adoptada por el Legislador es idónea para contribuir a alcanzar dicho fin inmediato<sup>805</sup>. Se trata esta de una segunda etapa de la aplicación del subprincipio de idoneidad. La pregunta es aquí ¿en qué

---

<sup>805</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 717.



consiste la idoneidad? Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato<sup>806</sup>. Será la clave aquí que el medio no carezca en absoluto de idoneidad, en el que la medida de enjuiciamiento exige un mínimo, no un máximo de idoneidad. Se trata de un análisis empírico [i.e. la relación entre medio y fin inmediato es de índole empírica]. De esta forma queda claro que toda medida que tenga una relación de causalidad positiva con su fin inmediato, debe ser considerada idónea<sup>807</sup>.

## **ii) Subprincipio de necesidad<sup>808</sup>**

De acuerdo con él, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta última; y en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser considerada inconstitucional. El análisis de necesidad es una comparación entre medios, a diferencia del examen de idoneidad, en el que se observa la relación entre el

---

<sup>806</sup> El análisis autónomo del requisito de la idoneidad también ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer de forma expresa que, en el caso de medidas legislativas, su vulneración se reserva a los supuestos en que el sacrificio del derecho objeto de limitación sea «**patentemente inidóneo**» para alcanzar la finalidad perseguida (González Beilfuss, Markus, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional*, Ob. Cit.). Se cita la STC 55/1996.

<sup>807</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 724.

<sup>808</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Págs. 734 y ss.

medio legislativo y su finalidad. El principal criterio para seleccionar los medios alternativos consiste en que éstos revistan algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo que la medida legislativa se propone<sup>809</sup>. Lo anterior implica también que la aplicación del subprincipio de necesidad presupone no sólo que se haya corroborado la idoneidad de la medida legislativa cuya proporcionalidad se controla, sino también que se haya determinado su fin inmediato. La idoneidad para alcanzar el fin inmediato constituye el criterio de selección de los medios alternativos. Por esta misma razón, el fin inmediato se considera como una constante en el análisis de necesidad, es decir, como un dato que no se cuestiona. Ahora bien, la mayor idoneidad de un medio alternativo no es de por sí un dato que implique la carencia de necesidad de la medida legislativa. Para tal efecto es imprescindible, además, que el medio alternativo supere la segunda exigencia del subprincipio de necesidad, es decir, que intervenga con menor intensidad en el derecho fundamental<sup>810</sup>. Es decir, una medida adoptada por el Legislador es innecesaria, si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado (es esta la segunda exigencia del subprincipio de necesidad). Se trata de un análisis hipotético pues, a diferencia de la medida legislativa, los medios alternativos no han sido adoptados en la práctica. Un medio alternativo será más benigno, desde el punto de vista empírico, si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental prima facie objeto de la intervención del Legislador, y si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protegen<sup>811</sup>. Si existe un medio alternativo que reúna estas

---

<sup>809</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 737.

<sup>810</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 741.

<sup>811</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 744.

condiciones, deberá ser considerado como un medio más benigno y, como consecuencia, la medida legislativa deberá ser declarada inconstitucional. Este segundo aspecto de la prueba del medio más benigno es de carácter analítico y normativo. Dicho con mayor precisión, en esta etapa del examen de necesidad se evalúa si la norma o posición *prima facie* que la medida legislativa interviene, es más o menos significativa dentro del ámbito normativo del derecho fundamental, que la norma o posición que los medios alternativos habrían afectado de haber sido adoptados por el Parlamento.

### **iii) El principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>812</sup>**

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Aquí la norma legal no es el objeto normativo de la ponderación. Los objetos normativos que se ponderan son, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por el otro, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa [el objetivo mediato de la intervención legislativa]. Consecuentemente, en este caso la estructura argumentativa, de tres pasos, sería la siguiente:

1) El primer paso consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Aquí la ponderación consiste

---

<sup>812</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 757. El principio de proporcionalidad en sentido estricto también se conoce con el nombre de *ponderación* y, en la doctrina alemana tradicional, con el de juicio de adecuación.

en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención del Legislador causa en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue. Para llevar a cabo esta comparación, es imprescindible haber fijado la magnitud de la importancia en que los dos objetos normativos se ven afectados, respectivamente, de manera negativa y positiva, por la intervención del Legislador. De acuerdo con una nomenclatura ya usual en la doctrina, dicha magnitud se conoce como el «peso» que los objetos normativos revisten en la ponderación. El peso que el derecho fundamental y el principio que sustenta la intervención legislativa tienen en la ponderación, depende esencialmente de dos variables, tal como se enuncia en las siguientes reglas argumentativas. Peso abstracto: cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor, será su peso en la ponderación. Peso concreto: cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación. Este principio constitucional tendrá la máxima importancia en la ponderación, si se trata de un derecho fundamental pues dentro de la estructura del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, los derechos fundamentales disfrutan de una carga argumentativa a su favor. Si el principio que fundamenta la intervención legislativa es un derecho fundamental, podrá neutralizar entonces la carga de argumentación que juega a favor del derecho fundamental que es objeto de la intervención. Sucesivamente, la importancia de este principio variará en escala descendente según se trate de un principio constitucional de primer grado o de un principio constitucional de segundo grado y dentro de estos últimos, según se trate de un principio perseguido por el Legislador en virtud de una reserva específica de ley o en virtud de la reserva general de intervención en los derechos

fundamentales de los artículos 53.1 y 81 CE. Ahora bien, de entre las reglas de evaluación que se mencionan, nos interesa destacar la relativa a la relación entre el derecho fundamental y el principio democrático<sup>813</sup>. Se afirma que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación.

Como también vimos a lo largo de este trabajo, el Tribunal Constitucional concede especial peso en la ponderación a los derechos fundamentales que tienen una conexión con el principio democrático. Este peso especial ha sido otorgado sobre todo a las libertades de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación, que constituyen el fundamento de la participación del ciudadano en los procesos políticos. En otro orden de cosas, cuanto a la relación entre el derecho fundamental y la dignidad humana, cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación.

2) El segundo paso consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

3) El tercero paso es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

La regla argumentativa que define la ponderación en sentido estricto es la llamada ley de ponderación, esbozada por el Tribunal Constitucional alemán en diversas decisiones y ha sido enunciada doctrinalmente por Robert Alexy. Según la ley de la ponderación «cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor

---

<sup>813</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Ibidem*, Pág. 770.

[es decir, por lo menos del mismo grado] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

Por último, nos interesa hacer mención a una variante que sufre la estructura del principio de proporcionalidad. Como explica Bernal Pulido, en la dogmática alemana es ya bien conocida la distinción entre dos diversas versiones del principio de proporcionalidad: la prohibición del exceso y la prohibición de protección deficiente. Este último concepto se refiere a la estructura que el principio de proporcionalidad adquiere en la aplicación de los derechos fundamentales de protección. La prohibición de protección deficiente puede definirse como un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal –por antonomasia una omisión– vulnera un derecho fundamental de protección.

Tal como ha sido presentada, la estructura argumentativa que nos ofrece el «principio de proporcionalidad» nos permitirá, en lo que queda de este capítulo, presentar algunas ideas generales en cuanto a la intimidad de los gobernantes y altos cargos, y en el próximo entrar ya a analizar en profundidad la específica «intervención legislativa» que opera en aquél con la vigencia de la Ley 5/2006, llamada de «Conflicto de Intereses».

#### 4. El alto cargo como persona pública objeto de un legítimo interés público

Las categorías de «persona pública» e «interés público», tal como son empleadas por el Tribunal Constitucional, fueron analizadas suficientemente en el primer capítulo<sup>814</sup>. Interesa ahora, en primer lugar, presentar nuestra postura sobre aquello que entendemos por lo público y reubicar su límite, para así –en un paso posterior– identificar, finalmente, qué asuntos por su propia naturaleza están llamados a ocupar ese espacio de lo público cuando de un gobernante o alto cargo se trata. En otras palabras, vamos a hablar de aquellas cuestiones que, vinculadas a estos agentes de elite, son en principio y materialmente públicas y, por tanto, de «interés público». Dejamos fuera de este análisis las cuestiones originariamente privadas que adquieren relevancia pública y que serán objeto de análisis en el próximo apartado.

Como tuvimos ocasión de acreditar, no vemos ambigüedades en el uso que el Tribunal Constitucional hace de la categoría «persona pública» pues –a diferencia del Tribunal Supremo y algunos tribunales inferiores– determinó categóricamente a quién atribuye la tipología<sup>815</sup>. También enunciamos quiénes son aquellas personas públicas que, en este trabajo, identificamos como «altos cargos»<sup>816</sup>. Hasta aquí no tropezamos con mayores dificultades. Ocurre, sin embargo, que **todas las incertidumbres, diversidad de criterios y matices aparecen cuando se intenta atrapar el concepto de «interés público». Muy probablemente las definiciones tautológicas en que ha incurrido el**

---

<sup>814</sup> Véase en la página 110 y ss. [persona pública] y en la página 153 y ss. [interés público].

<sup>815</sup> Es persona pública *todo aquel que tiene atribuida la administración del poder público* [STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8]. La reseñada sentencia fija definitivamente la distinción entre «persona pública» y «persona con proyección pública». Véase en la página 127.

<sup>816</sup> Todos aquellos enunciados por art. 3 de la Ley 5/2006. Véase en la página 266.

**Supremo Intérprete colaboraron para conformar este panorama de disonancias**<sup>817</sup>.

No obstante, logramos **elaborar en este trabajo un «criterio orientador»** que nos dice que, cuando se trata de personas públicas, sólo los asuntos relevantes desde el punto de vista del funcionamiento democrático, esto es todo lo vinculado a la legitimidad de origen y de ejercicio de sus autoridades, merecen ser considerados de interés público, esto a la hora de se trata de evaluar las injerencias que deben aquellas tolerar en su intimidad, honor y propia imagen<sup>818</sup>. Claro que el grado de abstracción de este «criterio» que presentamos en el primer capítulo nos exige ahora, en este tercer capítulo, resolver la cuestión en términos más concretos. Ya no se trata sólo de saber qué es originariamente «lo público», sino ***¿qué es en principio y materialmente «lo público», y por tanto de «interés público», cuando la persona pública en cuestión es, específicamente, un «gobernante o alto cargo»?***

Para empezar, tenemos que en los términos de lo público y lo privado hay un sentido dialéctico: se definen por oposición. Cada uno se apropia de un espacio y no dejan lugar a una tercera opción: lo público llega hasta donde empieza lo privado. Los argumentos de Dader García<sup>819</sup>, a quien seguiremos en este punto, nos parecen tan

---

<sup>817</sup> El Tribunal Constitucional ha presentado definiciones de «interés público» circulares que llevan a una cadena de términos, entre ellos «interés general», «relevancia pública»; «asuntos públicos», «hechos que afectan a la totalidad de los ciudadanos» [STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8]. Véase en la página 154.

<sup>818</sup> Conforme fue expuesto este «criterio guía» en la página 164 y ss., y en la página 180, en que se expone que lo revelado u opinado debe revestir un «interés público» que en este caso se define como un interés público-político conformado por los asuntos relevantes desde el punto de vista del funcionamiento del sistema democrático, esto es, todo cuando se vincule directa e inmediatamente con la legitimidad de origen y de ejercicio de las autoridades y que resulte necesario para que el ciudadano se mantenga ampliamente informado, forme libremente sus opiniones y pueda, en definitiva, participar de modo responsable en los asuntos públicos [según nuestra postura].

<sup>819</sup> Dader García, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, N° 26, 2001, Págs. 145-168.



correctos como óptimos para el fin inmediato que nos proponemos ahora, pues previo resolver nuestro problema central, queremos justificar la necesidad actual que detectamos de reubicar los límites entre lo público y lo privado. Para entrar en tema recurrimos a su cita.

Como nos explica Dader García, la democracia ideal, tal y como se concibe en el pensamiento ilustrado, y en su desarrollo paulatino a lo largo de todo el siglo XIX, se asienta sobre el principio de soberanía popular, cristalizada en una opinión pública permanentemente atenta a los asuntos de incidencia sociopolítica de repercusión institucional y colectiva. En términos ideales, al menos, la opinión pública ejercía una función de vigilancia crítica de cuantos asuntos o comportamientos, individuales o colectivos, pudieran resultar susceptibles de responsabilidad cívico-democrática. Al mismo tiempo, los ámbitos de la vida pública y la vida privada se mantenían estructuralmente diferenciados, sin que hubieran empezado a detectarse los síntomas que Habermas identifica como avance paulatino, pero inexorable a lo largo de los siglos XIX y XX, de la recíproca interpenetración, ensamblamiento o contaminación entre los espacios de lo público y lo privado. El ideal de opinión pública que ha estado culturalmente vigente desde el asentamiento de los principios de la «era revolucionaria» –al margen de su mayor o menor ejercicio real– remite, pues, a la percepción de un colegio activo de ciudadanos que deliberan entre sí, interpelan a sus dirigentes y exigen o buscan afanosamente la información necesaria para comprender y sancionar con su aprobación o su rechazo la marcha de los asuntos que afectan a la totalidad social. Quedaban al margen [o para otros ámbitos de conversación e interés] las cuestiones de incidencia sólo particular o particularizada relativos a los múltiples ámbitos privados o simplemente mundanos. Lo público, en ese contexto, se interpretaba sólo como el territorio del interés sociopolítico general; de ahí que por simple contaminación semántica se acabara habitualmente

identificando «asuntos públicos» con los propios de la Administración, los relativos a la institucionalización estatal, etc. Pero, al mismo tiempo, el proyecto democrático de responsabilidad de los poderes públicos ante la opinión pública/soberanía popular requería y reclamaba que todo lo público [sin incluir en tan genuino concepto otras adherencias espurias] fuera sometido a la vigilancia radical de una transparencia extrema. Queda claro que la «transparencia extrema» que se pedía en ese momento histórico era de lo público vinculado genuinamente al interés sociopolítico general. En este ambiente de valores sociales y políticos dominantes sí resulta coherente que los ideólogos de aquella democracia liberal reclamaran una «cúpula de cristal» para el conjunto de ese espacio público estrictamente político-ciudadano, quedando al margen de toda visualización las restantes actividades sociales y privadas de esos mismos individuos. Pero este entendimiento de las relaciones públicas en un estado democrático y de derecho, a las claras, llegó muy desvirtuado a nosotros. Que ese espacio público genuinamente político y genuinamente democrático –y sólo desde esa legitimidad, radicalmente escrutador o inspector de lo único que con claridad le concierne–, aparezca hoy como una amenaza totalitaria más, sólo puede ser debido a lo que varias décadas atrás Habermas ya advirtió sobre el confuso solapamiento de las esferas pública y privada. El concepto de «ciudadano» ha perdido su significación precisa y ha pasado a ser simplemente una variante lingüística del de «consumidor» o «gente». Precisamente, cuando Habermas denuncia la disolución psicosociológica de los conceptos de opinión, de público y de la propia opinión pública, está planteando, entre otras cosas, que las expectativas o demandas propias de la vida privada se presentan revestidas de la misma trascendencia y solemnidad que los asuntos político-institucionales de mayor repercusión colectiva. Así afirma: «La misma esfera pública recobra un carácter privado en la conciencia del público consumidor. En efecto, la esfera pública se convierte en la esfera en la que se hacen públicas las biografías privadas:

ya sea porque se dan a la publicidad los destinos fortuitos de ese que se denomina el hombre de la calle, o el de las celebridades fabricadas conforme a estrategias comerciales, o sea ya por porque los procesos y decisiones de importancia pública queden travestidos bajo una representación que les confiere un aspecto privado, desfigurándolos hasta ser irreconocibles por culpa de la personalización de que son objeto» (Habermas)<sup>820</sup>. Como concluye Dader García, en tan «magnética» integración de las esferas públicas y privadas, el interés general pierde su sacralización como aquello que objetivamente afecta al conjunto de los ciudadanos constituidos en público o cuerpo compacto socialmente constitutivo de una comunidad, y pasa a ser simplemente el conjunto de los intereses subjetivos –y

---

<sup>820</sup> Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994, Págs. 189-203. «La prensa de masas se basa en la transformación comercial de la participación de amplias capas en la publicidad, que tiende a hacerla accesible sobre todo a las masas. Esa publicidad ampliada mermó el carácter político de la prensa en la medida en que el medio de la *facilitación psicológica* pudo convertirse en el fin en sí mismo de un mantenimiento comercialmente fijado del consumo. Ya en aquella temprana *prensa de penique* **puede observarse cómo para la maximización de las ventas se cuenta con una despolitización del contenido** (...). Los principios periodísticos del periódico con imágenes tienen una tradición respetable. A partir de ellos, y visto con perspectiva, la prensa políticamente racional fue perdiendo influencia en relación a la ampliación del público de los periódicos; el público consumidor de cultura, más inclinado al legado de la publicidad literaria que al de la política, consiguió un predominio notable (...) Evidentemente, el consumo de cultura va en gran medida deslastrado de la mediación literaria; comunicaciones no verbales o comunicaciones que, aun cuando no traducidas a imagen y sonido, están avaladas por apoyos ópticos y acústicos, van desplazando en mayor o menor medida a las formas clásicas de la producción literaria. También en la prensa diaria pueden apreciarse estas tendencias, a pesar de que sigue apegada a esas formas. Una compaginación muy aligerada y numerosas ilustraciones prestan apoyo a la lectura, cuya espontaneidad es absolutamente limitada por la predisposición del material (...). Las tomas de posición de la redacción van tras las noticias de agencia y los informes de los corresponsales; el raciocinio desaparece tras el velo de las decisiones –internas– acerca de la selección del material y su presentación. Luego **se transforma la parte proporcional asignada a las noticias políticas o políticamente relevantes: *public affairs, social problems, economic matters, education, health***. Según una clasificación establecida por autores norteamericanos, precisamente las *delayed reward news* [noticias de efecto retardado] no sólo son desplazadas por las *immediate reward news* [noticias de efecto inmediato] –*comic, corruption, accident, disasters, sports, recreation, social events, human interest*–, sino, como se desprende de la caracterización, efectivamente menos leídas y por menos gente. Finalmente, las noticias son presentadas, desde el formato hasta el detalle estilístico, como narraciones (*new stories*); cada vez con mayor frecuencia se borra la diferenciación entre *fact* y *fiction* (...) Lo que de ese modo comenzó a insinuarse en la prensa diaria ha progresado ya indeciblemente en los nuevos medios de comunicación: la integración de los ámbitos, antes separados, de periodismo y literatura, esto es, de información, por un lado, y de la novelística, por el otro, conduce a una verdadera remoción de la realidad, a una mezcla de los distintos planos de la realidad. En el común denominador de los llamados *human interests* surge el *mixtum compositum* de **un cómodo y acomodaticio material de entretenimiento que sustituye la adecuación a la realidad por la consumibilidad**, e incita más al consumo impersonal de estímulos apaciguadores que guía e instruye en el uso público de la razón».

probablemente triviales y efímeros—, que en un momento dado «interesan» emocionalmente a una mayoría de gentes o consumidores.

**Es un hecho que el esquema ilustrado de lo público y lo privado se ha modificado. La realidad exhibe una «privatización de la vida pública»<sup>821</sup>. Los grandes problemas públicos son actualmente problemas vinculados a la vida privada.**

Escribiendo sobre las estrategias de los políticos de la oposición, Maravall señala que éstos atribuirán responsabilidad de las condiciones positivas a factores exógenos; y la de las negativas, al Gobierno. Los gobernantes desplegarán sus estrategias en un escenario ocupado por una plétora de actores con intereses cruzados, que proporcionarán a los ciudadanos una información muy heterogénea y contradictoria respecto de la actuación del Gobierno. Esta información se referirá a las políticas o a sus resultados, pero también a actividades de los políticos antes de llegar al poder, a su vida privada, y responderá a diferentes estrategias de descrédito. Una información de este tipo puede paralizar los programas de los gobernantes<sup>822</sup>. Tales estrategias tienen un gran impacto sobre los ciudadanos: **los políticos pueden perder el poder más fácilmente por escándalos de índole privada que por malas políticas.** Por todo ello, el peso de la responsabilidad política [en especial la difusa] ha cambiado en los últimos tiempos. Más allá de reconocer la importancia de la imagen del gobernante y la trascendencia de ciertos aspectos privados, como estructuradores de su moralidad política, hoy se hace patente una atención excesiva a la vida privada. No cabe duda de que las personas públicas, son víctimas apetecidas y, con

---

<sup>821</sup> Innerarity, Daniel, *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, Madrid, 2006, Págs. 33-34.

<sup>822</sup> Maravall, José María, *El control de los Políticos*, Ob. Cit., Pág. 25.

frecuencia, sacrificadas a la curiosidad y mal gusto públicos<sup>823</sup>. **Este saqueo a la intimidad en nada mejora la calidad de la democracia. La calidad de la democracia sólo se logra cuando sus instituciones, como la responsabilidad política de sus gobernantes y los procesos de rendición de cuentas, actúan satisfactoriamente como instrumento de control, proporcionando la información que en puridad se necesita para realizar un adecuado estudio de *cómo gestionan el poder en nombre de los ciudadanos*.** Por el contrario, la desilusión y el desinterés por la política será la resultante de una información dramatizada y entretenida que invita a la contemplación curiosa pero elimina las referencias a la reflexión y el esfuerzo de participar en acciones políticas sostenidas [más duraderas que una manifestación simbólica]<sup>824</sup>.

La idea de que *lo público* es aquello que interesa emocionalmente a la «gente» no es ajena al ámbito del derecho. Vimos como algunos tribunales han comenzado a dar protección jurídica al *infotainment* [concepto que conjuga la formación de opinión con el entretenimiento] reconociendo el derecho del público de entretenerse, incluso, a costa de la difusión de ciertas imágenes y datos de la vida privada, en algunos casos, de personas que ejercen funciones públicas<sup>825</sup>. De hecho, una fórmula teórica que se ha explorado para dar anclaje constitucional a la prensa de entretenimiento es entender que la misma puede contribuir a la conformación de la opinión pública en asuntos relevantes para la sociedad. Bajo este prisma, un aparente chismorreo sobre un asunto trivial puede ser trascendente para el proceso de autodefinición social<sup>826</sup>. Se entiende, de este modo, que el cotilleo es una

---

<sup>823</sup> Romero Coloma, Aurelia, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 176.

<sup>824</sup> Dader García, José Luis, *El olvido de la responsabilidad política de los medios periodísticos*, Anuario Filosófico, Ed. Universidad de Navarra, Vol. 15, Núm. 1, año 1982, Pág. 140.

<sup>825</sup> Se hizo mención al Tribunal Supremo (Resolución 400/2009, de 12 de junio, FJ 3) y voto particular de la referida Sentencia del TEDH (caso Hannover vs. Alemania).

<sup>826</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 158.

forma básica de intercambio de información que enseña sobre otras formas de vida y actitudes, y a través del cual los valores de la comunidad se cambian o refuerzan. Así, para Villaverde, no es necesario que la información sea democráticamente relevante<sup>827</sup>. En su opinión la libertad de expresión no puede ser un mecanismo jurídico para proteger únicamente las ideas, opiniones o informaciones verdaderas, correctas o democráticamente valiosas, porque se transformaría en un instrumento coactivo. Los derechos del público [entre estos las libertades del art. 20 CE] sólo son relevantes para la democracia pero no en un sentido «axiológico», sino en un sentido procesal. Razona: La libertad de expresión del art. 20 CE, como los restantes derechos fundamentales de la CE, son piezas sustanciales y constitutivas del Estado democrático porque definen el estatuto básico de ser humano y ciudadano en el Estado español. No por ello, al menos en nuestro sistema Constitucional, esos derechos fundamentales, y la libertad de expresión entre ellos, están al servicio de la realización de la Democracia, porque ellos mismos ya lo son. En efecto, la Democracia no es un valor (de hecho no se enumera en el art. 1 CE como tal) que condicione el ejercicio de los derechos fundamentales a su plena consecución, sino un principio estructural del sistema que se realiza en el ejercicio sin trabas de los derechos fundamentales. Esto implica que los derechos del público protegidos por la Constitución no son sólo los derechos a recibir una información democráticamente relevante (aquella relativa a asuntos de relevancia pública al versar sobre la gestión o sobre quien gestiona los asuntos públicos); sino los derechos a recibir cualquier información existente en el proceso de comunicación pública, sea o no democráticamente relevante, porque el principio democrático se realiza en la CE mediante la garantía de esa libre recepción de la información que circula en proceso de comunicación. Por ello, se garantiza también que el proceso esté abierto y sea libre para

---

<sup>827</sup> Villaverde, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, Núm. 68, mayo-agosto 2003, Pág. 128.

todo el que quiera participar en él para opinar o informar, pues sólo así podrá ejercerse cabalmente el derecho a recibir libremente información. La existencia misma del proceso en esas condiciones de apertura y libertad, y también, desde luego, de igualdad, es lo que realiza el principio democrático en este terreno, y no que el proceso se ponga al servicio de una finalidad democratizante. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de información y la libertad de expresión servirá para introducir en el proceso de comunicación toda clase de opiniones e información y permitir a quien interviene en el proceso elegir qué opiniones o qué información recibir. Sin dejar dudas en cuanto a su postura, Villaverde remata su argumento afirmando que «dentro de esa libertad, también es cosa de cada cual elegir la opinión o la información, digámoslo así, «seria» y con ella formarse su opinión sobre las cuestiones con relevancia pública, o elegir la información o las opiniones «basura» para su solaz entretenimiento o para el regodeo en la vulgaridad. También el derecho a recibir información garantiza esa libre elección por muy inútil que sea para la realización de la democracia»<sup>828</sup>. El receptor de Villaverde puede exigir que estén abiertos los canales del proceso de comunicación pública de forma tal que le permitan realizar su libre elección de una información «seria» o bien una información «basura». Este receptor puede optar por estar informado o entretenerse. Esto es un hecho indiscutible. Ocurre, lo que también es una obviedad, sin embargo, que no puede elegir libremente cuando lo que está sacrificando no son sus derechos, sino los de titularidad ajena. Si su decisión afecta la intimidad de un tercero, sea este persona pública o privada, habrá que estarse a los cánones de la Ley y de la Constitución. Sabemos, merced a ellos, que el derecho a la intimidad no es ilimitado, pero que para que una injerencia se justifique hay que revisar los límites internos (usos sociales, propios actos) y los límites externos (un

---

<sup>828</sup> Villaverde, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Ob. Cit., Pág. 131.

interés público ponderado de acuerdo al canon de constitucionalidad). Si la información que el ciudadano reclama no pasa este canon, no habrá (o no debería haber) libre recepción de información. Se evidencia en esta postura que el punto de partida es la negación de que las libertades del art. 20 CE son sirvientes en tanto y en cuanto están al servicio del proceso de comunicación. Y justamente, en la reseñada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *«Hannover c. Alemania»*, el Tribunal Constitucional Federal Alemán presentó al «entretenimiento» como un derecho fundamental que modula la información sobre las personas que puede manejar la prensa. A su entender, la formación de opinión y el entretenimiento no son antinómicos debido a que los reportajes con intención de entretener juegan un papel en la formación de opinión. Pueden mostrar imágenes de la realidad y ofrecer temas de debate a los que sumar procesos de discusión y de integración que remiten a conceptos de la vida y de los valores y a modelos de comportamiento. El entretenimiento cumpliría, de esta forma, una función social importante. A ello suma que las celebridades y las personas públicas encarnan ciertos valores morales y ciertos modos de vida y que muchas personas orientan sus alternativas de vida siguiendo el ejemplo que ellas dan, lo que explica el interés del público en las más mínimas peripecias que adornan su vida. Por tanto –según esta interpretación– conocer, aún en el caso de personas que tienen representación pública como es el caso de los gobernantes y altos cargos, aspectos de su vida privada, si estas son tomadas por el público como «modelo» es perfectamente válido. La línea jurisprudencial presentada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania fue desautorizada por el TEDH que bien supo diferenciar entre «informar sobre hechos aptos para contribuir a un debate en una sociedad democrática relativo a políticos en ejercicio de sus funciones», e «informar sobre detalles de la vida privada de los mismos, o de otros sujetos que tampoco desempeñan un cargo público». Sólo en el primer caso se justifica la injerencia. Y, por cierto, en la sentencia se presenta a la prensa en su apropiado lugar:



desempeñando el papel de guardián de la democracia que contribuye a comunicar información e ideas sobre asuntos de interés público<sup>829</sup>.

La actual interrelación entre Estado y sociedad; entre las fuerzas del mercado y la política; entre la vida institucional y la cotidiana de los individuos, de la que también habla Habermas, resulta saludable bajo cierta perspectiva. Pero desde otra, no lo es pues ha conducido a vaciar de un significado específico [con estricto apego al interés general objetivado] la noción de espacio público. Hoy en día el espacio público ya no es el lugar donde los ciudadanos deliberan sobre los asuntos que afectan a la totalidad de la comunidad. El espacio público de hoy es «el condensador de la atención pública de la sociedad», en un momento determinado, y en cualquiera de las acepciones psicosociales, culturales, comunicacionales o políticas que pudieran desencadenar dicha condensación<sup>830</sup>. Pero los tradicionales valores que la teoría de la democracia elaboró para su aplicación en el ámbito constituyente de la comunicación política –como libertad de información, derecho a saber de todos los ciudadanos y transparencia pública– es imposible [o muy arduo de aclarar] que se puedan aplicar ya a unos asuntos sí, pero no a otros, de ese nuevo espacio público híbrido y promiscuo. Los ciudadanos consumidores de hoy tienen derecho a ver o saber de todo y en todo momento. No importa ya si en calidad de ciudadanos, de consumidores o de simples voyeurs. Como sostiene Dader García, el propio periodismo, que en su formulación contemporánea nació de la mano de la nueva conciencia de la discusión política democrática, reproduce de forma convulsa esa amalgama: no es capaz de distinguir con facilidad entre la legitimidad de revelar un fraude en las cuentas del Estado y la de airear un encuentro amoroso en el despacho oval; no es capaz de determinar muy bien qué diferencia hay entre un reportero de investigación y un paparazzi. La potencia

---

<sup>829</sup> En cuanto a la crítica de la identificación del «interés público» con el «interés del público». Véase en la página 164 y ss.

<sup>830</sup> Dader García, *La democracia débil...*, Ob. Cit., Pág. 156.

moral de los genuinos derechos políticos a saber y clarificar se ha expandido y enseñoreado de todo ese nuevo espacio público<sup>831</sup>.

**Las consecuencias de esta confusión de espacios público-privado son perversas. Entre otras cosas porque provoca una reacción antipanóptica en el espacio público que sí debe ser transparente: el Estado logra mantenerse escondido.** En efecto, advertimos, y de esto hablaremos al evaluar la operatividad de la Ley 5/2006, que lo que sí debe ser público permanece en la oscuridad asegurada por el aparato burocrático del Estado y no es fácil superar las barreras que se imponen. Es comprensible, entonces, que el ciudadano abandone su participación en los asuntos públicos por fatiga; que sienta desilusión y desinterés por la política. Y si no puede comprenderse, al menos es de prever que así suceda. La paradoja que visualizamos radica en que protección de la intimidad, que no se hace valer para proteger el ámbito de lo privado, es celosamente custodiada por parte de la Administración para mantener reserva de los asuntos verdaderamente públicos. Lo hemos comprobado, como se verá. Los espacios de *lo público* y *lo privado* están vaciados de contenido y, como consecuencia, la operatividad de los mecanismos de prevención e investigación de prácticas corruptas se limitan por pretendidas razones de intimidad [lo vemos patente con la reserva de las declaraciones patrimoniales de los altos cargos] mientras que las peripecias más insignificantes y privadas de gestores públicos pueden ser materia de publicaciones de primera plana. La reubicación de estos espacios no se puede soslayar.

---

<sup>831</sup> Dader, José Luís, *La democracia débil...*, Ob. Cit., Pág. 157. Igualmente en cuanto a la prensa de entretenimiento: Labio Bernal, Aurora, *Periodismo de entretenimiento: la trivialización de la prensa de referencia*, Estudios sobre el mensaje periodístico N° 14 (Ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones), año 2008, Págs. 435-447; y García Avilés, José Alberto, *De la política al infotainment: temas predominantes en los informativos líderes de audiencia en la UE*, Comunicación y Pluralismo (Ed. Universidad Pontificia de Salamanca) núm. 3, año 2007, Págs. 41-58.

Pero no se trata de que la referida «paradoja» de la «privatización de lo público» de la que hablamos sólo se hace visible sólo con los registros patrimoniales de los altos cargos dispuestos por la Ley 5/2006. En la práctica muchos ciudadanos que han intentado acceder a ciertos archivos gubernamentales se han encontrado que las barreras más infranqueables se legitiman también mediante la denominada «protección de la intimidad»<sup>832</sup>. **Desde el poder público, la protección de la intimidad termina por funcionar como un gran telón que impide acceder a lo público, esto es, a lo que se vincula a la gestión del poder.** Desde los medios de comunicación social, se pretende componer lo público con lo privado de las personas públicas: la relación entre lo público y lo privado está, definitivamente, alterada.

Es necesario y conveniente, por tanto, devolver lo público a su correspondiente dimensión: la de la experiencia democrática, en lugar de dejarlo en el ámbito del consumo. Bajo este prisma, vamos a identificar lo que debe entenderse por público o de interés público, específicamente en el caso de miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración. La nota común que mantienen con el resto de las personas públicas es que también en su caso lo público debe estar vertebrado en lo político<sup>833</sup>; pero –como veremos– en el caso específico de los altos cargos el ejercicio de un poder representativo [es decir, su legitimidad democrática como criterio de legitimación de su autoridad<sup>834</sup>] trae consigo importantes particularidades. **No será lo mismo hablar de lo público o de**

---

<sup>832</sup> Dader, José Luís, *Ibidem*, Pág. 157.

<sup>833</sup> Insistimos, y merece la pena hacerlo, en el caso de las «personas públicas» el interés público no puede sino remitir a un «interés político». Véase en la página 164.

<sup>834</sup> El Presidente, los Ministros y el resto de los altos cargos de la Administración participan de la confianza de los ciudadanos. En definitiva, cada una de sus situaciones funcionales descansa en la confianza otorgada: la que proporciona la colectividad a quienes elige, o a la autoridad que –respaldada por la confianza que la colectividad le ha entregado– designa para un determinado cargo público (Véase Morell Ocaña, *El sistema de la confianza política en la administración pública*, Ob. Cit., Pág. 20-21).

**interés público cuando lo informado o publicado se ocupe de un Magistrado o un funcionario de carrera, que si se ocupara de un gobernante. La presencia/ausencia de un especial deber de «tributar» la confianza recibida y de responder políticamente hace disímiles los análisis de uno y otro caso**<sup>835</sup>.

Con esta identificación de lo público/lo político se asegura un lugar al «ciudadano» que busca información para comprender y sancionar con su aprobación o rechazo la marcha de los asuntos políticos que afectan a la totalidad social. Esta búsqueda del ciudadano, decidido a participar en los asuntos públicos, abre un espacio de legitimidad para ciertas injerencias en el derecho a la intimidad de los gestores del poder. Por el contrario, la búsqueda del «consumidor» que demanda información para su exclusivo esparcimiento, queda relegada al lugar de la deslegitimación. Fuera del interés público relevante y ponderado, no hay cobertura legal para intromisiones en la privacidad de gobernantes y altos cargos. No se desconocen las necesidades de esparcimiento y la legitimidad en reclamar programas que las satisfagan, pero en todo caso este «entretenimiento» debería venir o buscarse en aquellas «personas con proyección pública» [como algunos «famosos» o «celebridades»] que ceden voluntariamente su intimidad, con gratuidad o a cambio de una contraprestación. Aquí sí, puede que los «propios actos» merezcan ser reconocidos como el criterio trascendente o «pieza clave» en la evaluación de una intromisión, si es que actúan restringiendo intensamente el límite interno de la privacidad. Sin embargo, en la tipología de «personas públicas», y concretamente, cuando se trata de gobernantes y altos cargos, la legitimidad de la injerencia estará dada por la

---

<sup>835</sup> Ya dijimos que «El fundamento último del carácter representativo de un gobierno no descansa tanto en la coincidencia fáctica de las decisiones de los gobernantes con los deseos de los gobernados, como en la posibilidad siempre presente de que estos últimos puedan exigir explicaciones a sus representantes cuando observen que se alejan de sus intereses, deseos, principios, etcétera. Por tanto, podemos decir que el núcleo esencial de la representación radica en la idea de responsabilidad, esto es, en la obligación de rendir cuentas a quienes se representa.

conurrencia de un «interés público» en la información que avanza sobre la intimidad elegida. Y, como más adelante también justificaremos, este interés merece reubicarse en el contexto de intereses socio-políticos.

**Tratándose de un gobernante o alto cargo, el interés público remite al interés político de amplios horizontes.** En principio recordamos que a tenor de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, se dice que la regla en base a la cual ha de resolverse la colisión libertad de información/derecho a la intimidad en relación con cargos y funcionarios públicos es que prevalecerá la primera siempre y cuando los datos divulgados guarden una conexión directa con los cargos y funciones de que se trate, o bien cuando sean públicamente relevantes por revelar cuál es su verdadera aptitud para desempeñarlos correctamente<sup>836</sup>. Haciendo una revisión crítica de su jurisprudencia, nosotros puntualizamos: **i)** que las personas públicas sufren una aminoración de sus derechos de la personalidad; **ii)** que para justificar una injerencia en esos derechos, lo divulgado o informado no sólo puede referirse al ejercicio de sus funciones, sino también a lo que hagan al margen de las mismas; **iii)** que para valorar este aspecto siempre se tendrá que emplear el «criterio de conexión» que busca una conexión directa e inmediata del dato o información con la actividad pública en cuestión; y **iv)** que lo revelado deberá, por tanto, vincularse a un interés público-político, entendiendo que este especial interés radica en todo lo que hace a la legitimidad de origen y de ejercicio de la autoridad y que sea necesario conocer para participar de modo responsable en los asuntos públicos<sup>837</sup>. En consecuencia, lo que nos resta precisar aquí es precisar ¿qué es de interés público-político en el caso de los altos cargos o gobernantes?

---

<sup>836</sup> Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 149.

<sup>837</sup> Véase también en el punto «Revisión crítica de las categorías jurídicas subjetiva y material utilizadas por el Tribunal Constitucional» en la página 171 y ss.

Para García Ferrer en el caso de los políticos lo público remite al debate político. Recurriendo a la casuística enuncia aquellas materias que lo constituyen<sup>838</sup>. A saber;

**i)** Cualquier juicio que contribuya al desarrollo de mentalidades o ideologías: es decir, los que aportan algo a la reflexión política, religiosa, filosófica, ética o moral, todo lo cual es parte del mundo cultural; **ii)** como base de los juicios ideológicos, cualquier juicio con un interés cultural relevante; **iii)** el control del ejercicio del poder y de las funciones públicas: es en el control del poder en general y de la Administración en particular, donde se muestra con mayor claridad la importancia del derecho a la información. Las propias virtudes públicas se asocian a las virtudes políticas; los vicios públicos a los vicios políticos. Por ello sostiene que los vicios políticos [La falta de transparencia, la partitocracia, corrupción y la falta de control sobre quienes ejercen la función pública de aportar datos y opiniones] son de interés público y; **iv)** en general, cualquier información sobre intereses comunes a todos los ciudadanos: como informaciones que interesan a toda la comunidad. Enuncia la prevención y denuncia de los comportamientos criminales ilícitos o duramente reprobables socialmente; la protección de la salud ciudadana; la seguridad ciudadana; la seguridad interior y exterior del Estado; la actividad económico-laboral de la sociedad; el funcionamiento de la Justicia y el resto de administraciones.

**Según nuestra opinión**, más cercana a la de Medina Guerrero y García Ferrer, **guarda conexión directa e inmediata con la función del gobernante y alto cargo todo cuanto esté vinculado al proceso político y, específicamente a la rendición de cuentas.**

Retomando los términos del «**criterio orientador**» que expusimos en cuanto a las «personas públicas» en general, **podemos particularizar que cuando de gobernantes y**

---

<sup>838</sup> García Ferrer, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 85-110.

altos cargos se trata, lo originariamente público y, por tanto de «interés público», son los actos oficiales que hacen al proceso democrático y que, por tanto, dan lugar a su legitimidad de origen [lo que hace al proceso democrático, es decir, la elección del representante y su designación]; y, en lo tocante a su legitimidad de ejercicio; lo que concierne al cumplimiento mismo de la función y la rendición de cuentas posterior que el cumplimiento de estos actos provocan. En este contexto es en principio y materialmente público:

**i) Los actos oficiales que conforman el proceso democrático en sí mismo.**

[vinculado a la legitimidad de origen]

**ii) Cuanto hace en el estricto ejercicio de su función pública.** Toda información sobre sus tareas oficiales y cumplimiento de actos que realiza como «servidor público». Aquí el límite se reconoce en la legislación administrativa, como lo es la regulación sobre secretos oficiales<sup>839</sup> [vinculado a la legitimidad de ejercicio]

**iii) Y, como derivación de ello, el examen público posterior sobre el ejercicio mismo de su función pública.** Es decir, que será de «interés público» todo cuando resulte necesario para controlar como es que ese agente está gestionando el poder en nombre de los ciudadanos<sup>840</sup> [lo que también hace a la legitimidad de ejercicio].

Por lo expuesto, resulta que –en definitiva– será público todo cuanto interese al proceso de rendición de cuentas en tanto y en cuanto la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar sus actos públicos. La política, como cualquier otra profesión o actividad, tiene una utilidad social (desde luego, difícilmente cuantificable) que se identifica con su

---

<sup>839</sup> Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales; y, fundamentalmente, el art. 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que legisla sobre el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros.

<sup>840</sup> SSTC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 6 y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, entre otras ya citadas.

propio fin. Dado que la labor del político alcanza una relevancia especial, adquirirá un indubitado interés público todo dato tendente a fiscalizar su ejercicio cotidiano pues –se insiste– hay aquí un derecho de los ciudadanos a saber cómo los altos cargos y gobernantes ejercen el poder en su nombre<sup>841</sup>. Desde esta perspectiva, sí puede y debe denunciarse e informarse sobre la pereza, la incompetencia, la negligencia, la arbitrariedad, la falta de asistencia a su despacho, el maltrato al personal que tiene a su cargo, –ect.– En general, el incumplimiento de cualquier deber inherente a su tarea política oficial, tanto en el partido como en las instituciones en que desempeña su función. Del mismo modo, toda decisión política, que al afectar a cuestiones que nos interesan en mayor o menor grado, es susceptible de crítica, incluso dura y vehemente, sirviendo a tal fin –como veremos luego– la divulgación de concretas conductas privadas, de necesaria publicación, que ayuden a comprender el proceso de toma de decisiones<sup>842</sup>.

**Estos tres aspectos mencionados** [i.e. proceso democrático de elección, ejercicio de la función y rendición de cuentas subsiguiente] **conforman aquello que es materialmente *lo público* en el caso de altos cargos y gobernantes y, por tanto, sobre ellos puede reclamarse de la normativa administrativa que disponga una «cúpula de cristal» que cubra este acotado espacio público de la elite del gobierno y la administración, pero que nunca se convierta en una «casa de cristal» en la que alojar a estos sujetos actuantes.** Observando a través de esa «cúpula de cristal» nos encontraríamos con un ciudadano que escruta, controla o vigila aquellos asuntos públicos que le conciernen. Frente a una «casa de cristal» –cosa distinta, por cierto– sorprenderíamos a un «consumidor» que ilegítimamente figonea asuntos privados porque emocionalmente lo provocan. Para fijar los límites de cuánto puede visualizarse de los altos

---

<sup>841</sup> Fundamentalmente, la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

<sup>842</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 222.



cargos y gobernantes, fuera de lo que son sus «actos oficiales», pasaremos a analizar los precisos contornos de su vida privada.



## 5. La vida privada del alto cargo

No desmiente el postulado de que el alto cargo o gobernante mantiene un ámbito de reserva de su vida privada, la constatación de que cada vez más se nos aparece el fenómeno de la «personalización de lo político», por el cual percibimos como en ese ámbito las personas sobresalen por encima de los temas y los temas políticos se convierten en temas de imagen. Hay quizás en este giro de la mirada hacia la imagen y la publicidad de cuestiones personales un cierto riesgo de voyerismo o fisgoneo sobre el que las opiniones más críticas hacen bien en alertar. Pero, llegado el caso, los riesgos se compensan con otros que, de impedir tajantemente el conocimiento de datos de la vida privada de los gobernantes, serían mucho más graves, tales como la ausencia de información políticamente relevante y la permeabilidad de actos de corrupción.

Es una evidencia de nuestra experiencia vital que de los gobernantes y políticos interesa sus mismas personas, más allá de sus actividades estrictamente públicas. Cada vez es más importante –como destaca Gomá– lo que ellos son [sus vidas] que lo se hacen [sus actividades públicas]<sup>843</sup>. Y tan es así, que Maravall nos advierte de que los políticos pueden perder el poder más fácilmente por escándalos de índole privada que por malas políticas<sup>844</sup>.

Lo quieran o no, los altos cargos son ejemplo de extraordinaria influencia. De esta relevancia de lo privado se percata el propio Tribunal Constitucional cuando advierte: **i)** que «quien interviene en el ágora de la ciudad no puede disociar enteramente su persona de

---

<sup>843</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Págs. 260-268.

<sup>844</sup> Véase al respecto en la página 468 la referencia que se hace a los argumentos que Maravall expone en su obra *El control de los políticos*.

sus actividades públicas, para lo bueno como para lo malo»<sup>845</sup>; **ii)** que las personas que se dedican a actividades políticas están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares; **iii)** que también las personas públicas han de asumir que no sólo se divulgue lo que diga y hagan en el ejercicio de sus funciones sino, incluso, sobre lo que digan y hagan al margen de las mismas<sup>846</sup>; y **iv)** que en el caso de estas personas públicas, «su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de las personas privadas»<sup>847</sup>. Asimismo, este papel importante que se reconoce a la vida privada de los gobernantes fue estacado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En uno de los votos particulares del caso *Hannover vs. Alemania* bien se dijo que «es imposible separar con un telón de acero la vida privada del cumplimiento de las tareas políticas»<sup>848</sup>; mientras que más abiertamente en *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia* se afirmó que el derecho del público a ser informado respecto de sus políticos puede incluso extenderse a aspectos privados de estas figuras<sup>849</sup>, todo ello en idéntica línea a la sostenida por el Tribunal Constitucional. A ello podemos añadir, por citar sólo un ejemplo de la doctrina, que para Alejandro Nieto la consideración separada y exclusiva de lo público y de *lo privado* sólo es posible desde un planteamiento teórico rigurosamente abstracto. Cuando se desciende a lo concreto, se hace imposible y la explicación salta a la vista: mientras lo público esté gestionado por personas físicas, estará siempre empapado por la naturaleza irrenunciablemente privada de los seres humanos. La imprecisión característica de los

---

<sup>845</sup> STC 3/1997, de 13 de enero de 1997, FJ 3.

<sup>846</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre, FF JJ 7 y 8. Como se mencionó (Capítulo I.6.5 [La categoría material: el decisivo interés público en razón de la materia] el criterio fue seguido invariablemente en sentencias posteriores y la afirmación sostiene que en el caso de las «personas públicas» hay «interés público» en la divulgación de datos que miran más allá de lo que sucede en sus despachos.

<sup>847</sup> SSTC 171/1990, 12 de noviembre, FJ 5 ; 172/1990, 12 de noviembre, FJ 2

<sup>848</sup> TEDH, *Hannover vs. Alemania*, 24 de junio de 2004, voto particular del Sr. Zupanic. Véase en la página 202.

<sup>849</sup> TEDH, *Karhuvaara e Italehti contra Finlandia*. Véase en la página 203 y ss.

conceptos de lo público y de lo privado explica también –para el autor– la presencia de zonas singularmente ambiguas. **Parece claro, desde luego –afirma Nieto–, que son públicas las actividades del aparato institucional del Estado. Pero también están fuertemente coloreadas de lo público actividades originariamente privadas**<sup>850</sup>.

No obstante, aún cuando –como lo hace aquel voto en particular del TEDH– se exprese como un «imposible» discernir entre lo público y lo privado en la vida de un gobernante o alto cargo [recurso que sin duda da fuerza retórica a la afirmación], lo cierto es que hacerlo no sólo es factible, sino imprescindible cuando se trata de evaluar la legitimidad/ilegitimidad de una injerencia en su derecho a la intimidad. Lo que en verdad ocurre, y esto es indisimulable, que al pretender separar aquellas esferas nos enfrentamos a una dificultad de peso. **El titular del derecho a la intimidad, en nuestro caso una persona pública que ocupa una singular situación de poder en la sociedad, está sujeto a una responsabilidad ético-política: debe actuar de un modo ejemplar**<sup>851</sup>.

---

<sup>850</sup> Nieto, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, Pág. 59. Haciendo un poco de historia, Daniel Innerarity, explica: «durante mucho tiempo Francia y Estados Unidos encarnaban **dos paradigmas opuestos en cuanto a la manera de concebir la importancia de la vida privada de los políticos**. El imaginario laico y republicano acentuó la separación entre lo privado y lo público, mientras que el modelo americano de virtud pública parece no admitir ningún espacio de intimidad opaca en la vida de sus representantes. Dualismo en un caso, indistinción en el otro. Esta polarización viene atenuándose desde hace algunos años y lo sucedido en torno a las últimas presidencias francesas así lo puso de manifiesto. Los candidatos quebraron una tradición desvelando aspectos de su vida privada, lo que habría sido inimaginable hace tan sólo unos años. Sarkozy ha sido a la vez beneficiario y víctima de esta sobreexposición de la vida privada. Pero también Ségolène Royal, de quien conocimos detalles que apenas habían interesado a la opinión pública francesa en otros comicios: el nacimiento de los hijos, su matrimonio *libre* y posterior separación, así como incluso sus técnicas para luchar contra la celulitis han sido asuntos de los que todos hemos tenido un detallado conocimiento. Entre las causas de esta transformación cabe citar la competición creciente entre los medios, la personalización de las campañas o el desarrollo de Internet. Son factores que, sin duda, contribuyen a que comprendamos algunos mecanismos sin los cuales no habría sido posible este cambio en nuestro horizonte de atención colectiva. Pero hay razones de tipo más estructural que nos indican que vivimos una especie de ampliación y generalización de lo privado que pesa sobre el espacio público hasta desnaturalizarlo. Esta tendencia va a persistir y uno de nuestros principales desafíos es ver cómo le hacemos frente, entre otras cosas a partir de una nueva reflexión sobre las relaciones entre lo privado y lo público. No se trata tanto de proteger el derecho a la vida privada de los políticos sino de preservar la integridad del proceso democrático» (*La vida privada de los políticos*, *laverdad.es*, 24 de junio de 2008)

<sup>851</sup> Los parámetros para juzgar esta responsabilidad ético-política fueron expuestos en la página 358 y ss.

Esta «responsabilidad reduplicada de su ejemplo moral»<sup>852</sup> determina que su vida que pareciera más nítidamente privada, objetivamente hablando, resulte de interés público. En su caso será «pública» o «publicable» toda aquella información que en otro tipo de sujeto es materialmente privada, siempre que ella sea necesaria para evaluar su «decorum» u honestidad como servidor público. Hay aquí una **privacidad originaria (materialmente hablando) que se vuelve pública.**

Dijimos que los términos público/privado son dialécticos, que se definen por oposición, y que no admiten una tercera categoría: lo privado llega hasta donde comienza lo público. Los datos carentes de relevancia pública [o «interés público» o «interés general»] son privados y su divulgación no constituye un legítimo ejercicio de la libertad de información. Lo público, sí lo constituye. De tal suerte, para hablar con propiedad deberíamos decir que aquella información que, sólo en principio y materialmente sería «íntima» o «privada», se transforma en «pública» cuando es objeto del «interés general». Consecuentemente, el estado de salud de un Presidente; el desarrollo económico del patrimonio personal de un Ministro y el de su cónyuge; el lugar y duración de las vacaciones de un Director general, son [precisaremos luego en qué casos] asuntos públicos, sin más. Sin embargo, **esta elipsis (por la que se omite decir que se trata de temas en principio privados, convertidos ahora en públicos por razones de interés público) conlleva, aunque más no sea gramaticalmente, la omisión de un paso o procedimiento que en el terreno jurídico es fundamental: la justificación de esa conversión.** Pensamos, entonces, que en este supuesto, aunque abandonáramos la

---

<sup>852</sup> Dijimos que un mayor poder y una mayor influencia determinan una especial responsabilidad concurrente en ellos, se trata –como adelantamos– de una responsabilidad en grado eminente. Si la responsabilidad del ejemplo es universal, en tanto todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él, y todos asumimos la responsabilidad de la «ejemplaridad», este «igualitarismo de la ejemplaridad» es compatible con la responsabilidad reduplicada de determinados ejemplos morales, atendiendo a la singular posición que ocupan en la sociedad. Véase en la página 341.

precisión de señalar que sólo son posibles dos categorías: lo público y lo privado, **sería más adecuado hablar de cuestiones «privadas con trascendencia pública» en tanto evoca siempre que en ese pasaje o conversión de lo privado a lo público, debe mediar la razón de un «juicio de proporcionalidad», todo ello sin que esta pueda señalarse como una tercera categoría de juicio.**

**Si nos preguntamos por qué adquieren relevancia pública temas que no son objetivamente o materialmente públicos, una de sus posibles respuestas la encontramos en la «imagen» del cargo,** sobre la que se estructura la cultura política actual: la «política de la confianza»<sup>853</sup>, entendida como una forma de hacer y vivir la política que conduce la atención a las características personales e íntimas de sus protagonistas. En su contexto, aunque determinados comportamientos fuesen realizados en actividades «extrafuncionales», su divulgación puede admitirse si el interés de su conocimiento está vinculado con el cargo que desempeñan o, en otras palabras, si el conocimiento de la vida privada puede servir para una mejor evaluación de su personalidad política<sup>854</sup>.

La doctrina nacional es unánime al reconocer la existencia de una conexión entre vida pública y privada. Se tiene dicho que en el caso de los gobernantes y dirigentes políticos hay cuestiones o conflictos en su vida diaria que pueden llegar a determinar su conducta pública o, al menos, a pesar sobre ella, y los demás ciudadanos tienen el derecho a

---

<sup>853</sup> Villoria Mendieta advierte sobre los cambios en la cultura política, con el declive gradual de la política ideológica y el ascenso de la política de la confianza: «Los políticos sienten que deben ganarse la confianza de la gente, mediante una *venta* de su carácter y honestidad. Con ello se transforma la esfera política, dado que es cada vez mayor el peso simbólico en ella (...) Todo ello hace que la exposición de la ética propia y la denuncia de la corrupción ajena sean esenciales en la lucha política actual. La confusión del escándalo político con la corrupción es consecuencia inevitable de esta tendencia» (*La corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 74).

<sup>854</sup> Romero Coloma, Aurelia María, *La intimidad: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 174.

ser informados y la Prensa tiene el deber de ofrecerles la noticia correspondiente. Los criterios divergentes surgen al precisar los alcances de esa conexión.

Pues bien, hasta ahora logramos definir, en términos teóricos y abstractos, que se entiende por «interés público» en el caso de los gobernantes y altos cargos<sup>855</sup>. También se precisó que al hacerlo tomamos como marco de referencia de nuestras reflexiones un sistema basado en una «política de la confianza» donde el tributo a la misma abarca el momento de su ofrecimiento [período electoral] y, fundamentalmente, su mantenimiento durante el ejercicio de la función, lo que nos llevó a reconocer que incluso la vida privada de estos sujetos puede transformarse en una cuestión de relevancia pública o publicable. Ganado el punto de partida, nos ocuparemos de puntualizar algunos supuestos concretos que indican que estamos ante una conducta privada con trascendencia pública en el caso de los gobernantes o altos cargos.

Como primera aproximación al tema podemos mencionar que **resulta imprescindible que la conducta privada que se divulga o sobre la que se opina guarde vinculación directa e inmediata con la función<sup>856</sup>. Y esto sucede, en el caso de los altos cargos y gobernantes: i) cuando está en juego su «legitimidad de origen», refiriéndonos a aquellos aspectos de su vida privada que los postulantes en el proceso democrático hayan querido comprometer o bien que tratándose de «cuestión de carácter» nos den una idea de la personalidad y confianza que merece el candidato; y ii) cuando está en juego su «legitimidad de ejercicio», que se vincula al proceso de rendición de cuentas y que puede atender a facetas como su patrimonio, su salud, etc.**

---

<sup>855</sup> Véase en la página 479 y ss.

<sup>856</sup> Véase en la página 180.



Como sostiene Innerarity, cuando se trata de representantes políticos, son las exigencias del espacio democrático las que determinan sus derechos y sus peculiares obligaciones<sup>857</sup>. Conceder a los políticos un derecho a la intimidad sin limitaciones les aseguraría un poder excesivo de control sobre el discurso público, lo que rebajaría la calidad del debate democrático. Los políticos tienen una exigencia de responsabilidad que relativiza o disminuye su derecho a la vida privada. Esta exigencia justificaría hacer públicos ciertos comportamientos que son generalmente considerados como privados [informaciones sobre su salud física o mental, que puedan influir en sus capacidades, su situación financiera o incluso la de miembros de su familia que pudieran ocasionar conflictos de intereses o cualquier circunstancia que pueda condicionar su comportamiento público]. **Es el principio de responsabilidad democrática autoriza un cierto nivel de publicitación de la vida privada de los políticos**, en la medida en que dicha información se considera necesaria para evaluar su capacidad, pasada o futura, probable, a la hora de asumir una función pública. Por tanto, toda divulgación de información necesaria para evaluar la «responsabilidad política» del agente será legítima si pasa el canon constitucional. Si la información u opinión es innecesaria, debe prescindirse de ella en respeto a la reserva que el titular del derecho ha querido mantener. Pero si la información es innecesaria, y aún así su titular ha querido comprometer esos aspectos de su privacidad y los ha llevado al debate político, entonces la injerencia no será ilegítima, en tanto y en cuanto esa información tampoco es en rigor «privada» ya que fue expulsada del ámbito de reserva por el propio titular. Finalmente, lo que sí habría que subrayar es que si se da información íntima de un alto cargo o gobernante, en todo caso el canon de veracidad debe ser rigurosamente cumplido.

Veamos algunos casos de «cuestiones privadas con trascendencia pública»:

---

<sup>857</sup> Innerarity, Daniel, *La vida privada de los políticos*, laverdad.es, 24 de junio de 2008.

### 5.1. La personalidad

Cuando lo que está en juego son las cuestiones relacionadas con el carácter es un poco más difícil sostener que la conducta privada de los políticos sea irrelevante respecto de su cometido público<sup>858</sup>. Como criterio objetivo y general, se entiende que legítimamente pueden ser objeto de información y de debate aquellas características personales de los gobernantes y altos cargos que aporten al juicio sobre su responsabilidad política y que sostengan o contradigan la confianza otorgada con su mandato. Algunas de estas «cuestiones de carácter» podrían ser<sup>859</sup>: **i)** posesión de especiales habilidades útiles en el ejercicio de la función; **ii)** capacidad para fijarse metas alcanzables; **iii)** compromiso con los objetivos asumidos; **iv)** capacidad de estrategias; **v)** capacidad de persuasión; **vi)** capacidad organizativa; y **vii)** el desarrollo de su inteligencia emocional<sup>860</sup> –etc.– . No obstante, se debería ser cauteloso en el tratamiento del tema. Una excesiva atención al carácter de gobernantes y altos cargos puede tener consecuencias contraproducentes como eclipsar la auténtica valoración de las cuestiones relacionadas a su competencia funcional.

### 5.2. La moral privada [el «factor de la hipocresía»]

---

<sup>858</sup> Con referencia a las «cuestiones de carácter» de los políticos, se ha dicho que «aunque determinados comportamientos fuesen realizados en actividades extraparlamentarias, su divulgación puede admitirse si el interés de su conocimiento está vinculado con el cargo que desempeñan o, en otras palabras, si el conocimiento de vida privada puede servir para una mejor evaluación de su personalidad política» (Romero Coloma, Aurelia, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 174).

<sup>859</sup> Se siguen algunos de los aspectos destacados por el Profesor Fred. I. Greenstein (Universidad de Princeton), *El impacto de la personalidad en el liderazgo presidencial norteamericano*, Revista Psicología Política, N° 15, 1997, Págs. 9-15.

<sup>860</sup> El término hace referencia a un conjunto de características que no sólo incluye la habilidad interpersonal sino también la capacidad para manejar las propias emociones y no ser dominado por ellas.

Se dice –y con razón– que los sinvergüenzas públicos son los sinvergüenzas privados a los que les ha dado por comerciar con el bien común para su personal provecho<sup>861</sup>. El afán de lucro, la competencia desmedida y la insaciable búsqueda del éxito de una persona privada que decide asumir un cargo público nos hace sospechar, al menos como algo probable, que una vez en el poder termine por romper las reglas del juego político, según las cuales está llamado a hacer prevalecer el interés público sobre su interés privado. Como ya se afirmó y justificó –y en esto se insiste– **la corrupción política se preconstituye en el mundo de lo privado**<sup>862</sup>. De modo tal que si muchos de los vicios públicos son derivados de los vicios privados, habrá un «interés público» digno de protección en darlos a conocer, según el caso. Hay que puntualizar también que este es un tema de interrelación entre vicio privado y público ha provocado algunas opiniones encontradas, aunque la divergencia no está en la vinculación de la esfera pública con la privada [que casi unánimemente se reconoce] sino en el valor o peso que se da a la ética de un gobernante cuando se trata de evaluar la calidad de gestión. Quizás haya cierta idea, incluso no confesada, que a mayor calidad de gestión, menor será el reclamo que merezca aquel servidor público que mantiene un comportamiento no ético en su vida privada. Esta posición, a las claras, pasa por alto la vigencia del imperativo de ejemplaridad que, como «universal», ponemos en cabeza de todos los ciudadanos, pero de forma preeminente en la

---

<sup>861</sup> López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, Ob. Cit., Págs. 129-130. También se ha dicho que «la competitividad feroz, el insaciable afán de éxito y de lucro, la desmedida afición al dinero –etc.–, que son sin duda fuentes de energía para el mundo económico y empresarial (privado), son los grandes «valores» en los que se educa a los jóvenes. Éstos, cuando sean mayores y si se les ocurre asumir responsabilidades políticas, pueden terminar rompiendo las reglas establecidas para el juego público, según las cuales el interés público debe prevalecer sobre el interés privado. Para Laporta «La corrupción es, pues, una cuestión de grado porque, como hemos visto, podemos tener la certeza de que es un mal presente en todos lados. La razón última de ello es que la corrupción descansa, en definitiva, en la moralidad individual de agentes públicos y privados cuyos comportamientos individuales y sociales es imposible (y seguramente también indeseable) hacer totalmente transparentes». (Laporta, Francisco J., *La corrupción política: introducción general*, en *La Corrupción política*, Laporta, Francisco J; Alvarez, Cristina (eds.), Ob. Cit., Pág. 35)

<sup>862</sup> Véase en la página 351. Allí se afirma, citando a López Calera, que si pensamos que un gobernante puede no ser virtuoso en su ámbito privado pero ser un excelente gobernante en el desempeño de su función pública, se diría que buscamos el ideal de un gobierno virtuoso compuesto por ciudadanos relevados del deber de serlo.

de los gobernantes. **Desde la perspectiva de un *republicanismo de mores* como el que se propone, al evaluar la calidad de un gobernante no sólo se ha de ponderar su competencia profesional, sino también la consolidación en su propia vida moral de aquellos comportamientos cívicos y éticamente correctos, según los parámetros de una ética constitucional.** De aquí el interés que se tuvo en extendernos tanto en la justificación de la responsabilidad política de los gobernantes que analizamos como la que obedece al deber institucional que pesa sobre ellos de ser servidores éticos<sup>863</sup>. Todos los ciudadanos, y aún más los altos cargos y gobernantes, han de ser ejemplo de vida, pero se reserva para estos últimos una responsabilidad reduplicada por ese ejemplo. A diferencia de los ciudadanos y otras «personas públicas»<sup>864</sup>, los gobernantes y altos cargos gestionan poder público, gobiernan y lo hacen de dos maneras: produciendo leyes y produciendo costumbres. Y, como ya dijimos, en cierto sentido la segunda forma de gobernación es más profunda y duradera que la primera<sup>865</sup>. **El mejor sistema educativo sería inútil ante un clima consuetudinario adverso.**

Por otro lado, siempre evaluando la proporcionalidad de la injerencia, sería en principio legítimo dar a conocer todo dato de su vida privada que ilustre un aspecto no honesto de su personalidad. En este sentido, **el gobernante y el alto cargo debe aceptar**

---

<sup>863</sup> Véase en la página 331 y ss. «El deber institucional del alto cargo como servidor ético».

<sup>864</sup> Pensamos aquí en la categoría de «persona pública» tal como es utilizada por el Tribunal Constitucional y que hace referencia a *todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público*, no como es empleada por la «Teoría de la Ejemplaridad Pública». En la argumentación de Gomá «personas públicas» son todos los ciudadanos, es decir todo aquel que se socializa asumiendo las instituciones y costumbres de la polis, sin necesidad de, adicionalmente, participar en la toma de decisiones referentes al autogobierno, integrarse en partidos políticos y asociaciones, suscribir o adherirse a movimientos sociales. Esta participación en el gobierno de la polis –según este autor– añadiría un *plus*, pero no un *novum* (Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 131).

<sup>865</sup> Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*, Ob. Cit., Pág. 262.

**siempre que su conducta sea medida.** Sin duda, las incoherencias en los discursos bien miradas pueden tomarse como conductas y datos indiciarios de una conducta irregular<sup>866</sup>.

Reviste también un trascendente «interés público-político» dar a conocer episodios que indiquen que un gobernante o alto cargo mantiene en su vida privada comportamientos y valores contrarios a los preconizadas en el ámbito público, aún cuando objetivamente estos aspectos sean del todo indiferentes a una «ética constitucional». Puede que algunos comportamientos sean «neutrales» pero lógicamente habrá un resentimiento hacia los gobernantes que tienen la temeridad de prescribir a otras personas formas de conducta a las que ellos mismos no adhieren. Un político cuya conducta privada parezca divergir significativamente de las políticas que defiende en público (o las de su partido o su gobierno promueven) puede encontrarse con que su posición se vuelva insostenible<sup>867</sup>. Por tanto, si se trata de evaluar la legitimidad de una injerencia en su intimidad y esta intromisión persigue develar la incoherencia de su discurso político, parece que aquí sí la «la pieza clave» la hallamos en sus «propios actos». Sí en su discurso público el gobernante compromete de alguna forma su vida privada o bien reafirma opciones o valores de cara a los ciudadanos, no podrá luego pretender que no se indague sobre si él cumple con esos parámetros en su vida. Serán, en este supuesto, sus «propios actos» los que han dado paso a la legitimidad de develar aspectos de su intimidad que pueden, incluso, no tener ninguna vinculación al menos inmediata y objetiva con su actividad pública<sup>868</sup>.

---

<sup>866</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 261.

<sup>867</sup> Thompson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ob. Cit., Págs. 175-178.

<sup>868</sup> «Quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concurrentes a su vida familiar los excluye de la esfera de la intimidad y ha de asumir el riesgo de que si el periodista puede contrastar la veracidad de esos hechos y rectificar los errores o falsedades de la información espontáneamente suministrada por los afectados» (Romero Coloma, Aurelia María, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit. Pág. 182).

### 5.3. Las vacaciones

El «nivel de vida» [adecuadamente definido por la opulencia y el tiempo libre<sup>869</sup>] de un gobernante o alto cargo es una cuestión de importancia público-política que merece ser calificada como una «cuestión íntima con trascendencia pública». **El sitio donde se disfrutan los días de descanso es uno de aquellos datos capaces de ilustrar el volumen del patrimonio de un sujeto, y esta materia –precisamente– en el caso de los miembros del Gobierno y demás altos cargos de la Administración General del Estado, es objeto de vigilancia en los términos de la Ley 5/2006<sup>870</sup>.**

Desde otro ángulo de análisis, no sólo es legítimo que interese a la ciudadanía el lugar de descanso [en tanto pueda develar un desproporcionado nivel de gastos, por ejemplo], o con qué fondos se afrontan los gastos erogados en esos días de descanso<sup>871</sup>, sino también los días que no dedica al trabajo<sup>872</sup>. Los primeros datos hacen a la evaluación

---

<sup>869</sup> Farrel, Martín. D, *El nivel de vida*, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 9, año 1991, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, Págs. 119-142. «La idea es que el nivel de vida depende de la opulencia, entendida de este modo: el nivel de vida está determinado por la cantidad de bienes que una persona tiene a su disposición. Por bienes se entiende el ingreso y la riqueza; para simplificar propongo emplear como denominación única la palabra opulencia» (Ob. Cit. Pág. 119). En este caso, nos parece más adecuado emplear esta definición, que la propuesta por la Real Academia Española como «grado de bienestar, principalmente material, alcanzado por la generalidad de los habitantes de un país, los componentes de una clase social, los individuos que ejercen una misma profesión, etc.» (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición).

<sup>870</sup> Cfr. Art. 12 de la Ley 5/2006 de «Conflicto de intereses».

<sup>871</sup> Se publica en «El Público» bajo el título «Vacaciones de un Senador»: «Tomás Burgos, senador del PP por Toledo y portavoz adjunto del Grupo Popular en la Cámara, no pagó un euro por su alojamiento en sus vacaciones de Semana Santa en 2010. La factura de las cuatro noches en un hotel de Fuerteventura y en régimen de media pensión la pagó el Patronato de Turismo, órgano adscrito al Cabildo insular. Al frente del Patronato se halla Águeda Montelongo, consejera de Turismo y líder del PP local. El coste fue de 560 euros, según los recibos divulgados por el diario digital Canarias Ahora. Público intentó recabar anoche, sin éxito, la versión del Grupo Popular. Hoy José Miguel Camacho, número tres del PSOE en el Senado, pedirá a Dolores de Cospedal que se depuren "todas las responsabilidades políticas" en Madrid y en Canarias» (Público.es, 26 de abril de 2011).

<sup>872</sup> Publica «La voz de Galicia», versión *on line*, el 8 de agosto de 2010 «Referencias vagas a los destinos elegidos y número de días de asueto a disfrutar. Mezcla de vacaciones con presencia en citas festivas multitudinarias para dejarse ver y dar sensación de trabajo constante. Y reparto de turnos para ocupar espacio mediático hasta el día de mayor inactividad. Esas son las estrategias comunes puestas en marcha este verano por la clase política, consciente de que con la que está cayendo,

de su honestidad y, eventualmente, a la coherencia con el discurso público<sup>873</sup>, el segundo, a la dedicación plena a las funciones públicas. Honestidad y dedicación plena son principios éticos y de conducta que el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado<sup>874</sup> les recuerda deben cumplir en el desempeño de sus funciones, merced las exigencias que proceden de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y, el cumplimiento de estos principios es un compromiso que gobernantes y altos cargos ofrecen a los ciudadanos<sup>875</sup>. La consecuencia jurídica no puede ser otra en este caso: no hay injerencia ilegítima en la intimidad de un alto cargo cuando se informa sobre el lugar de destino y días de descanso. De ser sintomáticos estos datos, debieran motivar un proceso de rendición de cuentas, y la consecuente

---

una foto en bañador, tumbado tomando el sol o a bordo de un yate surcando el mar, no será bien recibida en general por una ciudadanía obligada a hacer recortes en sus presupuestos de gasto o que pasará las fiestas estivales intentando encontrar dónde trabajar. Por eso este año se ha generalizado más que ningún otro el ocultamiento de las vacaciones por parte de la clase política (...).

<sup>873</sup> En el receso estival del año 2010 los periódicos y otros canales de noticias ofrecieron datos sobre los destinos vacacionales de los políticos que hacían especial hincapié en el recorte del gasto público y en una época de necesaria «austeridad» exigida por la crisis económica del país. Así su publicó: «*Los políticos también se van de vacaciones La austeridad es la nota dominante entre los políticos españoles a la hora de planificar sus vacaciones de verano. El presidente del Gobierno y la mayoría de los ministros no saldrán de España en su breve periodo de relax. Tras un año especialmente doloroso por las medidas de recorte social, el Ejecutivo se ha preparado para dar ejemplo*» (Terra Noticias, 22 de julio de 2010); «*Austeridad. Las vacaciones de los políticos. Termina el curso político y llegan las ansiadas vacaciones. Serán austeras para la mayoría de los políticos. Zapatero se queda sin playa y opta por el interior. Rajoy se irá su Galicia natal y la mayoría de ministros y diputados buscarán el mar, un sabroso arroz o un buen libro*» (Antena 3, 30 de julio de 2010).

<sup>874</sup> En cuanto a la **dedicación al servicio público**: el principio ético “13” dispone que «ejercerán sus atribuciones según los principios de buena fe y dedicación al servicio». El principio de conducta “1” que «el desempeño de los altos cargos exige plena dedicación», entre otras referencias. Asimismo, en cuanto a la **honorabilidad** e imparcialidad, el principio ético “2” establece que «la adopción de decisiones perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio»; mientras que el principio de conducta “9” ordena que «se abstendrán de realizar un uso impropio de los bienes y servicios que la Administración General del Estado pone a su disposición por razón del cargo».

<sup>875</sup> El Acuerdo del Consejo de Ministros del 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el «Código de Buen Gobierno...» expone que «en el momento actual, se hace necesario que los poderes públicos ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos los altos cargos en el ejercicio de sus funciones han de cumplir no sólo las obligaciones previstas en las leyes, sino que, además, su actuación ha de inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no han sido plasmados en las normas».

responsabilidad política<sup>876</sup>. Claro está que el fin perseguido por aquella información debe siempre y exclusivamente ser el de ejercer un control necesario<sup>877</sup> que permita evaluar si se cometieron irregularidades en el ejercicio de la función o se asumieron comportamientos incoherentes con el discurso público mantenido.

Un destino vacacional, que en principio hace a la privacidad de un agente público, puede tomar trascendencia pública cuando trae consigo también la sospecha de un eventual conflicto de intereses<sup>878</sup>, de distracciones de fondos públicos o de la incorrecta aceptación de una invitación o regalo. Pero, no obstante: **¿Qué hay de infranqueable en la distribución de información y seguimiento de las vacaciones de un gobernante?**

Sin perjuicio de validar la circulación de datos relativos a su destino y días [en el designio especificado], las vacaciones no dejan de ser para los altos cargos un legítimo descanso temporal de la actividad habitual. Entra en juego aquí el «contenido esencial» del derecho a la intimidad cuya protección responde a la necesidad vital de todo hombre, cualquiera sea la relevancia de su posición social, de tener un tiempo de sosiego; de alcanzar una desatención asegurada que le permita un reposo lejos de la publicidad y de la mirada de los otros, si es que así lo desea. Es por ello que **el momento de disfrute de vacaciones o**

---

<sup>876</sup> Publica *on line* «Ecodiario.es» el 19 de junio de 2010: «en 9.000 euros diarios está cifrado el coste total de la permanencia del presidente y su séquito en La Mareta durante su estancia. No en vano, España es, en todo el continente, el único país que carga con los gastos de las vacaciones de verano de su presidente del Gobierno, cuenta este sábado LOC. El resto de primeros ministros en Europa se pagan de su bolsillo el descanso veraniego. En Suecia o Dinamarca, incluso tienen que utilizar el coche privado para ir a hacer la compra, contaba el periódico de Planeta. En defensa del dispendio de las vacaciones de Zapatero están quienes piensan que de esta manera y eligiendo como destino una residencia de Patrimonio Nacional, el Estado ahorra en seguridad; lo que no pasaba con Aznar, quien optaba por veranear por su cuenta –normalmente en un chalet que le cedía el dueño de Porcelanosa en Oropesa del Mar (Castellón)–, pero necesitaba más del doble de personal para cuidar el cerco en el que se movían él y sus familiares».

<sup>877</sup> Recordamos que, precisamente, el elemento invariable que constituye la naturaleza de la tipología «persona pública» es el hecho específico de que sólo ellas están sometidas al control de la colectividad. Hay en relación a ellas un derecho al escrutinio, tal el criterio sentado por la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8.

<sup>878</sup> También lo puede ser el disfrute de bienes ajenos cuando entre el alto cargo y el titular no media, por ejemplo, una relación de intimidad exclusivamente personal que lo justifique. Esto ha llevado a varias legislaciones a realizar un particular tratamiento de las situaciones de usufructo.



descanso es uno de aquellos supuestos en donde el utilizado argumento legitimador de intromisión en la intimidad del «riesgo por el ingreso a la función» no tiene ninguna cabida. Dado que el gobernante, como cualquier otro ciudadano, necesita –y es inalienable su derecho en este sentido– tener un momento de soledad o intimidad, es de reconocerle la opción de recrearse en lugares públicos, que si son lo suficientemente reservados, permitirán inferir que es su deseo mantenerse al margen de la publicidad. De suerte que si no está cumpliendo funciones públicas, sino una actividad tan íntima como el disfrute de un momento de sosiego y la misma se desarrolla en un lugar apartado, aún cuando éste fuera un lugar público, el criterio «espacial» debe ceder frente al «funcional» y dar adecuada protección no sólo a su derecho a no ser molestado, sino también, al de su «propia imagen». De lo contrario, se estaría avalando una actitud de hostigamiento antijurídica. Evitar esta clase de situaciones es lo que tiene en miras la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando invita a los gobiernos de los estados miembros a dotarse, si todavía no existe, de una legislación que garantice el derecho al respeto de la vida privada que contenga en sus líneas directrices «prohibir el hecho de seguir o de perseguir a una persona para fotografiarla, filmarla o grabarla, de forma que no pueda gozar, en la esfera de su vida privada, de la intimidad y tranquilidad normales...» (Punto 14.v). Fue este el criterio sostenido por el TEDH en el referido caso *Hannover contra Alemania*, que, a su vez, adoptara luego el Tribunal Constitucional<sup>879</sup>. La necesidad de una

---

<sup>879</sup> «Para el TEDH el criterio determinante, para valorar si se ha vulnerado o no el derecho a la imagen (parte constitutiva del derecho a la vida privada), no es el lugar, sino que «debe residir en la contribución que las fotos y los artículos publicados aporten al debate de interés general». Uno de los efectos más directos de la sentencia es, precisamente, éste: el abandono del *criterio espacial*, el referido al lugar, para resolver este tipo de casos a favor del *criterio funcional*, el fin u objetivo de la información (...) los problemas no se han de plantear ya en términos de frontera o localización, sino de objetivos buscados y de proporcionalidad de la intromisión en la vida privada con el objetivo de informar (...). El criterio del carácter público o no del lugar en el que se toma la imagen de un personaje de notoriedad o proyección pública no es el fundamental a la hora de valorar la posible existencia de una lesión en su derecho a la propia imagen. Son otros factores,

utilización conjunta de los criterios de interés público [criterio funcional] y lugar público [criterio espacial], incluso de algunos otros no previstos específicamente en la LO 1/1982, es avalada por la jurisprudencia constitucional. **En efecto, la STC 139/2001, de 18 de junio, se decidió por esta interpretación y vino a alterar notablemente la interpretación del primer apartado del art. 8.2 de la referida ley**<sup>880</sup>. Bajo este prisma, entonces, es que se infiere que dar noticia sobre un destino y días de disfrute es un hecho noticiable, máxime si genera la sospecha de un enriquecimiento no acorde a los legítimos ingresos, pero no lo es junto a quien disfruta de esas vacaciones el servidor público, excepto que se trate de una relación que ponga en entre dicho la confianza política en él depositada [podría, por ejemplo, colocarlo en una situación de «riesgo de conflicto de intereses» o contradecir la coherencia de un discurso político].

El tema no es de subestimar pues **hay sobrados ejemplos de que el descanso vacacional logrado merced la distracción de fondos públicos, o incluso afrontado con fondos que no podrían provenir de los ingresos legítimamente obtenidos con la**

---

establecidos de manera dispersa en la jurisprudencia del TS, del TC y del TEDH los que han de ser considerados» (Lazcano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público, la necesidad de reformar la Ley orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el derecho a la vida privada*, en *La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento*, Ed. Congreso Internacional de ética y derecho a la información —4—, Valencia, 2006, Págs. 312-315).

<sup>880</sup> La STS de 21 de octubre de 1997 se ocupó de unas fotografías obtenidas de unos personajes de notoriedad pública en una reserva federal de caza de Kenia. El tribunal Supremo centró el debate en el carácter de la reserva federal de lugar abierto al público, al que puede tener acceso el público en general. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, aún concurriendo esas dos circunstancias (personaje de notoriedad pública y lugar abierto al público), y aunque de las imágenes no resultaran alterados ni el honor ni la intimidad de los fotografiados, algunas circunstancias pueden determinar el carácter lesivo de la difusión mediática. Tuvo así en cuenta que se trataba de fotografías de carácter personal, privado y reservado, acreditado por el hecho de que se obtuvieran por un pariente del recurrente en amparo, con la propia cámara del afectado, en el contexto de un viaje privado de familiares y amigos y con destino a un recuerdo íntimo. En el mismo sentido la siguió, en un supuesto similar, la STC 83/2002 en la que se destaca que no hay un interés público constitucionalmente prevalente que ampare la difusión de fotografías y que «la revelación de las relaciones afectivas del recurrente, propósito inequívoco del reportaje en el que se incluyen las fotografías, carece en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista en este caso al atribuir un valor noticioso a la publicación de repetidas imágenes, el cual no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional». Ambas sentencias también analizadas por Lazcano Brotóns (Ibidem). En cuanto a la interpretación del art. 8.2 de la LO1/1982 véase Pascual Medrano, Amalia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Ob. Cit., Págs. 144-147)

**función terminan por ser el ocaso de carreras políticas.** El 14 de abril de 2009 el Diario El Mundo publicó una nota bajo el título «Agentes del CNI acusan al director de cazar y pescar con dinero público»<sup>881</sup>. El 20 de mayo de 2009, el alto cargo –Secretario de Estado– director del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), fue citado a comparecer ante el Parlamento (Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados) para que informe sobre «el origen de los fondos con los que sufragó las jornadas de caza y pesca en que participó tras los viajes al extranjero con motivo de encuentros relacionados con los servicios secretos». En su exposición afirmó: *«Yo jamás he usado dinero público para practicar la caza o la pesca, tal como se ha apuntado en las informaciones periodísticas citadas con anterioridad. En relación con los mismos –con los viajes– estableceré una clara diferencia entre los privados y los oficiales. **En relación con los primeros, les diré que sobre los viajes de carácter privado que yo haya podido realizar en los días que haya dedicado al descanso, en España o en el extranjero, no creo que deba dar ninguna explicación a nadie;** tan sólo asegurar que evidentemente los he pagado íntegramente de mi bolsillo y, por ello, entiendo que no debo dedicarle ni un solo minuto más en esta intervención»*. En cuanto a los «viajes oficiales» El Secretario simplemente negó haber usado dinero público para sufragar ningún gasto personal o privado y dio cuentas de una invitación realizada por el anfitrión, el servicio de inteligencia mejicano, para realizar una actividad deportiva. La única prueba de esta invitación resultó ser una carta que, tras la denuncia de los hechos, remitiera quien lo agasajara<sup>882</sup>. El 2 de julio de

---

<sup>881</sup> En la publicación se refiere «El CNI nunca ha estado peor. Ni más desmotivado, ni más desmoralizado el personal. Alberto Saiz manda inquisitoriamente. A los altos cargos los cambia continuamente. Lleva tres secretarías generales y tres directores de Inteligencia en menos de 5 años. Es el peor que hemos tenido y se está aprovechando del Centro y de sus presupuestos en su propio beneficio». Éstas son algunas de las críticas que varios directivos y altos cargos del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) hacen sobre su director y han hecho llegar a EL MUNDO, días antes de que Alberto Saiz opte a su renovación o cese al frente de los servicios de inteligencia españoles. Las críticas más duras contra el actual director del CNI proceden, principalmente, de algunos de los oficiales y altos cargos que han tenido que soportar sus aficiones: "Cada vez que viaja al extranjero con motivo de un encuentro o jornadas de trabajo relacionadas con los servicios secretos se lleva su escopeta o rifle y aprovecha para pasar unas jornadas de caza a cuenta del erario público: gratis total".

<sup>882</sup> Precisamente, las palabras posteriores de la Sra. Barreiro Álvarez (del grupo que pidió la comparecencia) fueron: «Estamos aquí para despejar dudas que están en la opinión pública y creo que es su oportunidad de hacerlo. No lo vea

2009, alto cargo dimitió del puesto de Director del CNI. Explicó que su alejamiento sucedía tras de un «proceso de reflexión sereno y profundo» y al margen del «desgaste personal sufrido debido a la campaña mediática dirigida contra su honor y su prestigio personal y profesional»<sup>883</sup>. También se dijo que al hacerlo el agente recordó la «falsedad» de la «campaña mediática» dirigida contra él y que explicó se iba «para evitar un posible deterioro del funcionamiento del CNI»<sup>884</sup>.

Si estos sucesos merecen una reflexión, en el marco de este trabajo, es que una eficiente y esforzada rendición de cuentas, en la cual el sujeto obligado asume a conciencia aquel plus de deberes, responsabilidad y esfuerzo en la prueba que demuestre su inocencia, es conducente no sólo para tributar como es debido la confianza depositada por la ciudadanía, sino para dar estabilidad a las instituciones democráticas. **Se percibe la falta de interiorización (que por cierto parece no haber llamado la atención tampoco de los parlamentarios), de la obligación de rendir cuentas tal como es debido tanto de su vida pública como de su vida privada y en cuanto esta que resulte de «interés público».** Así, podrá sucederle –como fue en el caso del ex Secretario de Estado Saiz Cortes– que se vea en la obligación de explicar con qué recursos económicos afrontó los gastos de algunos de sus viajes o actividades de esparcimiento, cada vez que sea cuestionado por ello y estos viajes o actividades se conviertan en causa de duda de su honradez y transparencia en el ejercicio de la función. Precisamente, los diversos

---

como una acción inquisitorial de este grupo parlamentario sino al revés, como una acción de colaboración con el Centro Nacional de Inteligencia para que siga siendo lo que nunca debió dejar de ser y para que esté ausente de noticias....Todos los cargos públicos tenemos la obligación de observar la máxima transparencia en el uso de fondos públicos, lo digo porque yo soy cargo público y también utilizo fondos públicos. Además, la línea divisoria entre la vida privada y la vida pública tiene que ser perfectamente clara, nítida, muy señalada y saber dónde está cada uno. Las dudas sobre estas cuestiones producen en los administrados muchísima inquietud, también preocupación e inestabilidad» (DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 277, de 20/05/2009).

<sup>883</sup> La Vanguardia, 2 de julio de 2009, bajo el titular «Saiz respondió dos veces en el Congreso por las acusaciones por las que dimite».

<sup>884</sup> Público, 2 de julio de 2009 «Saiz dimite tras convertir el CNI en un polvorín».

mecanismos de rendición de cuentas están previstos, fundamentalmente, para disolver ante la ciudadanía las desconfianzas y mal empleados serán cuando los «cuentadantes» los interpreten como inmerecidos o molestos, o cuando desmerezcan su trascendencia para el sistema democrático. **El gobernante y alto cargo debería interiorizar que es su deber colocarse fuera de toda situación de riesgo de sospecha y comprender sin ofensas que «la presunción de culpabilidad es consustancial a la confianza otorgada» y que «la falta de confianza condiciona de forma determinante su aptitud para desempeñar un cargo»<sup>885</sup>**. De tal suerte, llegado el caso sus esfuerzos deberán enfocarse en, por ejemplo, dar cuenta de los gastos de sus viajes, incluso los privados, como también, anticipadamente, disponer de registros públicos de forma tal que en su oportunidad se deje constancia de una invitación oficial aceptada y disfrutada.

#### **5.4. El pasado**

El político es un sujeto histórico y cuando se trata de hacer una evaluación de su persona como actual o futuro gestor de lo público, su pasado tendrá relevancia público-política. En esta línea, el TEDH ha reconocido que las condenas penales pronunciadas en el pasado contra un político pueden, de la misma forma que su comportamiento público, ser tenidas en cuenta para apreciar su aptitud para el ejercicio de funciones políticas<sup>886</sup>. Pero

---

<sup>885</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *Corrupción política: Un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág. 102

<sup>886</sup> *Schwabe contra Austria*, sentencia de 28 de agosto de 1992, ap. 32. Cabe sí matizar como lo hace Lazcano Brotóns, que Este caso Schwabe, no obstante, fue objeto de dos votos particulares discrepantes. Según un magistrado, sanciones penales lejanas y sobreesídas hace veinte años no serían reveladoras de la moralidad pública de las personas afectadas. Ha de considerarse que en esta sentencia el TEDH resuelve en función de las concretas circunstancias: es el político al que se acusa de un previo comportamiento delictivo el que originó la polémica y, además, en relación al mismo tipo de conductas penales. Pero ello no quiere decir que pueda generalizarse que cualquier conducta penal previa de un cargo público pueda ser libremente revelada al tratarse de un asunto de interés público (Lazcano Brotóns, Iñigo, *Art. 10. Libertad de expresión*, Ob. Cit., Pág. 422)

a más de ello, en la evaluación de su capacidad para desempeñar un cargo de elite, lógicamente, su competencia profesional será el aspecto más importante. No obstante, siempre en los reclamos que se le dirigen hay –como vimos– un *plus* que consiste en su deber institucional de actuar como «servidor público y ético», por lo que será legítima la divulgación de datos sobre diferentes partes de su biografía no profesional sino íntima, esperando que en ella haya triunfado un comportamiento de costumbres constitucionales. En este sentido, y sólo en este, es decir en cuanto a la valoración de sus antecedentes profesionales [para una gestión eficaz] y el comportamiento conforme una ética constitucional [para una gestión ética-pública] sería de relevancia pública hablar del pasado de un gobernante o alto cargo.

### 5.5. La conducta sexual

No hay ningún parámetro derivado de la «ética constitucional» que justifique el divulgar una conducta sexual de un gobernante o alto cargo<sup>887</sup>. De hecho, reafirmando la obligada indiferencia que el aspecto ha de tener frente a la Administración, el Estatuto Básico del Empleado Público establece como «derecho individual» de los empleados públicos el «respeto a su intimidad [y] orientación sexual»<sup>888</sup>. No obstante pueden identificarse algunos supuestos en los que esta cuestión objetiva y materialmente privada, se convierte en una cuestión de «relevancia pública». Thompson enumera al menos tres

---

<sup>887</sup> Se tiene en cuenta que el TEDH ha tenido ocasión de afirmar que la vida sexual «constituye uno de los aspectos más íntimos de la vida privada» (*Dudgeon c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de octubre de 1981, ap. 49).

<sup>888</sup> Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 12 de abril, art. 14 h). También, en el art. 53.4 [«Principios éticos»] se establece para el agente que «su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de... género, sexo, orientación sexual...».

situaciones en las que los escándalos políticos de naturaleza sexual tienen la capacidad potencial de producir perjuicios a los gobiernos de los que puedan formar parte:

**i) El factor de la hipocresía.** La revelación de actividades sexuales ilícitas puede ser políticamente perjudicial si pone en compromiso públicamente abrazan las figuras políticas (o bien sus partidos o gobiernos) –y puede ser perjudicial en este sentido incluso en aquellas circunstancias en que la capacidad vinculante de las normas y los códigos relevantes sea débil. Tal el caso, de un político cuya conducta privada parezca divergir significativamente de las políticas que defiende en público (o de las que su partido o su gobierno promueven) puede encontrarse con que su posición se vuelve insostenible<sup>889</sup>. Así podríamos pensar que cuando el gobierno lleva adelante una campaña con el objetivo de erradicar la prostitución, no parece legítimo que un integrante del mismo pueda hacer valer su derecho a la intimidad si se diera a conocer que frecuenta sitios en los que se contratan esos servicios<sup>890</sup>.

**ii) Los conflictos de intereses** (ya sean reales, posibles o supuestos). Como también señala Thompson, en algunas ocasiones puede considerarse que las actividades sexuales ilícitas de los políticos entran en conflicto con sus obligaciones y responsabilidades como funcionarios públicos. Puede que exista un riesgo, real o subjetivo, de que esas actividades cuestionen su imparcialidad y nublen su juicio; y también puede existir un riesgo, real o subjetivo, de que esas actividades terminen por poner en un compromiso el tipo de confidencialidad que exige su puesto. Los peligros asociados con la revelación de sus actividades pueden incrementar la presión a que se ven sometidos y exponerlos a la

---

<sup>889</sup> Thompson, John B., *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ob. Cit., Págs. 175-178.

<sup>890</sup> Tal el caso de la campaña en vigencia realizada por el ex Ministerio de Igualdad (actual Ministerio de Sanidad, Política Social e igualdad) en colaboración con la Federación Estatal de Hostelería para sensibilizar a la sociedad contra los actos delictivos relacionados con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

acción de amenazas externas, incluyendo el chantaje. Indudablemente, la posibilidad de un conflicto de intereses puede actuar como un motivo legítimo para examinar la vida privada de un gobernante o alto cargo.

**iii) Transgresiones de segundo orden.** En ocasiones, cuando los políticos o gobernantes son confrontados por revelaciones embarazosas y que pueden ser muy difíciles de explicar a los propios colegas [por no mencionar lo difícil que puede ser aclararlo ante la familia y los amigos], la respuesta más espontánea de los afectados suele ser la de negar su veracidad. El individuo o individuos que se encuentran en el epicentro de un escándalo pueden verse entrampados en una red de mentiras cada vez más complicada si quieren mantener el desmentido. Pueden tener que enfrentarse a nuevas formas de evidencia difíciles de explicar. Así, un escándalo que comienza su andadura con la revelación de una transgresión sexual relativamente menor [y que no necesariamente tendría por qué ser legítimamente publicable] puede convertirse en un escándalo en el que intervienen posibles delitos penales, incluyendo el perjurio o la obstrucción a la justicia. Lo que debemos enfatizar aquí es que en estos casos, lo que merece hacerse público no es el episodio con connotaciones sexuales en sí mismo, sino la «mendacidad» posterior<sup>891</sup>.

Pero fuera de estos tres supuestos enunciados por Thompson pareciera que la denuncia o revelación de «escándalos sexuales» implican –en principio– intromisiones en la vida privada de los gobernantes o altos cargos que no se justifican en absoluto en el interés público. Para cualquiera que se preocupe por la calidad de la vida política o de la democracia, la utilización de este tipo de información por parte de la prensa ha de ser

---

<sup>891</sup> Como explica Bustos Gisbert, una de las normas sustantivas que han de componer las reglas de conducta de los gobernantes es la interdicción de la mendacidad. No hay forma más clara de infringir la obligación de rendición de cuentas que no transmitiendo la información completamente o mintiendo durante su proceso. «En ambos casos se hace imposible la rendición de cuentas lesionando la idea misma de representación o trust» (Cfr. *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág. 101).



preocupante. De hecho, como explica Innerarity, para proteger la calidad y responsabilidad de la vida democrática, hay buenos motivos para limitar la publicitación de la vida privada. El tratamiento *people* de la información, lo que en Francia llaman *pípolisation o cheap talk* en América tiene unos efectos muy negativos en la vida política. Cuando las revelaciones sobre la vida privada dominan sobre cualquier otro tipo de información, se empobrece la calidad general del debate público. Hay muchos ejemplos de ello –afirma– . Así, en su opinión, «el affaire Clinton-Lewinsky marginó el tratamiento mediático de otras cuestiones como las nuevas propuestas políticas sobre la Seguridad Social, la financiación de las campañas, pero sobre todo la justificación de la posición de Estados Unidos en Irak y de su preparación a la intervención militar»<sup>892</sup>.

Por lo demás, la infidelidad de los gobernantes ha sido objeto de debate. Así, por ejemplo, para Clavería Gonsálbez por sí sola no puede justificar su divulgación<sup>893</sup>. Por nuestra parte, afirmamos en el anterior capítulo, que aunque el respeto a los deberes conyugales hace, en el marco de una relación matrimonial, al cumplimiento de la ley [arts. 68 y 855.1 Cc y 32.1 y 39.1 CE] debería matizarse que el reclamo de ciertas y muy especiales obligaciones contractuales del orden civil –como es en este caso– sólo deberían interesar a las partes que conforman la relación jurídica<sup>894</sup>. La cuestión fue llevada ante el Tribunal Supremo en la reciente STS 5777/2011, de 29 de julio. Los personajes en cuestión eran un ex Presidente de la Nación y una integrante del equipo de gobierno del Ayuntamiento de Madrid. Los términos de la sentencia no terminaron por ser muy precisos pues desplazaron el juzgamiento de la injerencia en la intimidad hacia el honor a causa de la no veracidad de la noticia del adulterio. No obstante, pareciera que han dejado cierto

---

<sup>892</sup> Innerarity, Daniel, *La vida privada de los políticos*, laverdad.es, 24 de junio de 2008

<sup>893</sup> Véase en la nota al pie N°649, en la página 363.

<sup>894</sup> Véase en la página 363.

espacio para interpretar la relevancia pública del tema. En este sentido se afirmó «un examen de las circunstancias del caso revela que los demandantes pueden ser considerados como personas de proyección pública, en el sentido de gozar de celebridad derivada de su actividad política, pero la información transmitida viene referida exclusivamente a aspectos relativos a su vida privada. Asentada la noticia en el campo propio de lo personal se pone en conocimiento de los telespectadores la ruptura sentimental de los demandantes a consecuencia de una infidelidad matrimonial, resultando en consecuencia que el interés general en el caso de autos, deviene del interés que suscita el conocimiento de aspectos privados de la vida de las personas con notoriedad pública y social lo que implica que la valoración del interés público general de la información es relevante, pues, aunque se trata de un programa destinado fundamentalmente al entretenimiento, versa sobre la vida de personas con gran proyección pública» [F] cuarto]. Si en algo podemos llamar la atención y cuestionar esta postura es en la indebida identificación que hace del «interés del público» con el «interés público», teniendo en cuenta que los criterios del Tribunal Constitucional y del TEDH van en sentido contrario<sup>895</sup>.

## 5.6. La salud

En principio, desde un punto de vista estrictamente material, las características biológicas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud, pertenecen al más estricto ámbito de su intimidad. Sin embargo, como ya sabemos, el derecho a la intimidad de ningún ciudadano es un derecho absoluto y tratándose de una persona pública que

---

<sup>895</sup>. Materia de interés público no es, en lo que respecta a los sujetos que gestionan el poder estatal o poseen relieve político, «lo conocido por un número significativo de personas», ni tampoco «lo que interesa a muchos», ni «lo que despierta curiosidad o entretiene».

ocupa un alto cargo en la Administración del Estado se activan limitaciones especiales como consecuencia de la vigencia del principio de responsabilidad política, y de la consecuente obligación general de rendir cuentas que pesa sobre ellos a resultas de su singular condición de «representantes políticos». Donde hay representación política debe haber responsabilidad<sup>896</sup> y, por tanto, los ciudadanos tendrán un interés legítimo en controlar si está garantizada la «representación política», esto es, si hay una real toma de decisiones por parte del gobernante o alto cargo, o por el contrario, si padece una enfermedad que se lo impide o dificulta gravemente. Las virtudes de una democracia representativa se hallan en la posibilidad que da a aquellos elegidos directa o indirectamente de ejercer un liderazgo real y hacer uso de su poder. El ejercicio de este liderazgo necesita contar con la confianza del electorado, que habitualmente se pierde cuando el gobernante ya no es capaz de una toma competente de decisiones y cae en la incompetencia provocada por una enfermedad. En estos casos parece acertado afirmar que **toda información que da cuenta de una enfermedad que incide negativamente en la toma de decisiones o la dedicación a la función [imperativo de la Ley 5/2006, art. 5] reviste un interés público**. La divulgación de semejante dato se convierte prácticamente en la denuncia del uso de un poder político fingido: hay un responsable político que ya no toma decisiones o bien persiste en ello cuando no está en condiciones físicas o psicológicas de hacerlo. Fuera de estos casos extremos, pueden darse con más cotidianeidad otras situaciones en las que las dolencias no impidan o limiten gravemente el ejercicio de la función. En estos supuestos la dificultad estará en discriminar aquellas afecciones a la salud que provocan un inadecuado cumplimiento o cese temporal en el ejercicio de la función, de las que no lo afectan. Sólo las dolencias que eventualmente pudieran cercenar o imposibilitar el correcto

---

<sup>896</sup> Véase en la página 284.

ejercicio de la función podrán ser objeto de información; para el resto –de así quererlo el titular del derecho– quedarán en la esfera de su intimidad.

También parece razonable **afirmar como otro «criterio guía» que el conocimiento de ciertos datos del historial médico de un político podría ser necesario por el interés público que reviste en la medida que, razonablemente, nos hagan prever que no podrá hacer su trabajo, o lo hará mal**<sup>897</sup>. Las conclusiones que se desprendan de esta premisa dependerán de las particularidades de cada caso, pero todo argumento que se formule debería incluir la afirmación de que, al menos en principio (material y objetivamente), como ya hemos dicho, la salud pertenece al estricto ámbito de intimidad de una persona<sup>898</sup>.

Desde un punto de vista médico y político nos parece interesante mencionar algunas de las conclusiones expuestas por David Owen en su obra de reciente publicación en la que hace un profundo estudio sobre las enfermedades de los jefes de Estado y de Gobierno en los últimos cien años. En su opinión, «los jefes de Estado y de Gobierno

---

<sup>897</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 236. Partiendo de esa afirmación, se hace el siguiente juego de presunciones: **i)** La publicación de todo su expediente médico es sospechosa, desproporcionada e innecesaria; **ii)** Sólo es legítima la publicación de enfermedades del pasado, si son recurrentes o le han dejado secuelas que, médicamente, le limitarán en el ejercicio de sus funciones, o, en su caso, si es imprescindible su revelación al objeto de entender ciertos comportamientos del presente; **iii)** Con reservas, es posible debatir públicamente sobre la salud mental del gobernante o quien aspira a serlo, **iv)** Las informaciones sobre el consumo de drogas deben limitarse a los supuestos en que sus efectos se presenten de forma evidente en un acto público o espacio abierto al público o cuando, razonablemente, pueda agorarse que provocará un inadecuado desarrollo de sus funciones; **v)** Se puede divulgar casi cualquier intervención quirúrgica y su causa; **vi)** Deben ponerse límites a la posibilidad de informar sobre sus enfermedades físicas y **vii)** Debe prohibirse la publicación del origen de un trastorno emocional, salvo que éste sea extremo (Págs. 236-245).

<sup>898</sup> En el caso *Sociedad Plon contra Francia* (TEDH, Sentencia del 18 de mayo de 2004) se debatió sobre la distribución de un libro que exponía la manera en la que el Dr. Gubler había organizado un servicio médico en torno a el por entonces Presidente Mitterrand, quien padecía un cáncer diagnosticado y que había ocultado durante años aún cuando se había comprometido a que se publicara un parte facultativo sobre su salud cada seis meses. En su sentencia el TEDH concluyó que la publicación de «El Gran secreto» se inscribía en un **debate de gran interés general** entonces en Francia, **relativo en concreto al derecho de los ciudadanos, dado el caso, a ser informados de las afecciones graves que sufra el Jefe del Estado, y a la aptitud para la candidatura a la magistratura suprema de una persona que se sabe gravemente enferma**

tienen el deber de ser sinceros por lo que atañe a su salud, y los medios tienen el deber de ponerlos en evidencia cuando eluden la verdad»<sup>899</sup>. Pero el particular enfoque de este autor llega aún más lejos. Exhorta a reconocer como derecho del electorado el contar con una valoración médica independiente del candidato antes de presentarse a elecciones directas o indirectas al más alto cargo de la nación<sup>900</sup>. Paradójicamente, su postura es distinta cuando el sujeto ya se encuentra en funciones y ha asumido con todas sus consecuencias una personalidad pública. Se pregunta entonces *¿Y si un jefe de Estado o de Gobierno cae enfermo mientras está en el cargo?* Responde: «esto es más arduo y requiere un sistema diferente y más privado»<sup>901</sup>. La propuesta de Owen, en resumidas cuentas, es **incluir el estado de salud dentro de los temas objeto de rendición de cuentas**. Alienta a las democracias a promulgar leyes sobre la obligatoria valoración médica independiente de sus dirigentes. En su opinión «en ocasiones se ha hecho un buen servicio a la democracia dejando que la enfermedad del dirigente sea contemplada sólo como una parte del espectro de consideraciones políticas acerca de si debe permanecer en el cargo»<sup>902</sup> y, en ello, consideramos no le falta razón.

---

<sup>899</sup> Owen, David, *En el poder y en la enfermedad, enfermedades de los jefes de Estado y de Gobierno en los últimos cien años*, Ediciones Siruela S.A., Madrid, 2010, Pág. 446.

<sup>900</sup>Owen, David, *Ibidem*. «Una cuestión importante –y en absoluto sencilla– es si, en las democracias, el electorado tiene derecho a conocer los resultados de una valoración médica independiente antes de presentarse a unas elecciones directas o indirectas al más alto cargo de la nación. Mi respuesta es sí. Creo que es necesario. No es suficiente confiar en que la prensa investigue. El buen gobierno, y con mayor razón el escrutinio y la responsabilidad públicos, requieren una valoración médica independiente de todos los candidatos antes de las primarias del partido o antes de cualesquiera elecciones al liderazgo de un partido político (...) De esta manera, los votantes estarían en posesión de los datos esenciales del estado de cualquier candidato al más alto cargo antes de entrar en la cabina de votación» (Págs. 450-455).

<sup>901</sup> Owen, David, *Ibidem*, Págs. 457-460.

<sup>902</sup> Owen, David, *Ibidem*, Pág. 460.

### 5.7. El patrimonio y las actividades económicas

Para realizar una correcta fiscalización de las conductas públicas de gobernantes y altos cargos, suele ser necesario revelar datos o conductas privadas, tales como el disfrute gratuito de bienes ajenos, la recepción de regalos, donaciones, favores recibidos (incluso por sus familiares y allegados), así como aficiones, hobbies y, en general, todo signo de riqueza que pueda sugerir un enriquecimiento injustificado<sup>903</sup>. Será de «interés público» conocer toda conducta que por su marcado valor económico indique un ejercicio abusivo del cargo<sup>904</sup>. Si «la democracia, que reconoce la soberanía del pueblo, tiende a dudar de quien detenta el poder» y, por tanto, «la presunción de culpabilidad es consustancial a la confianza otorgada»<sup>905</sup>, esta razonable desconfianza en los gestores de lo público hace que concorra un interés legítimo en conocer aquellos aspectos íntimos de los que lo ejercen. **El patrimonio de los políticos de elite [que compone su vida privada o íntima] se convierte en un tema que autorizadamente interesa a toda la comunidad. Sólo estando al tanto de su conformación y evolución se podrán detectar datos indiciarios de un comportamiento irregular que defrauda la confianza otorgada.**

Específicamente en lo que respecta al patrimonio de un alto cargo, hay tres aspectos de su «intimidad económica» que la propia ley ha convertido en asuntos de trascendencia pública institucional y de necesario control. A saber: **i)** sus actividades

---

<sup>903</sup> Cuando hablamos de «enriquecimiento injustificado» pensamos en la situación fáctica que penalizan algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como el caso del Código Penal Argentino [art. 268.2] en el que se trata de no justificar un incremento patrimonial desproporcionado durante la función. Se ha de constatar en esos casos un grueso enriquecimiento patrimonial y una ausencia mínima de explicación por parte del funcionario público.

<sup>904</sup> García Ferrer, Juan José; *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit. Pág. 262-263.

<sup>905</sup> Bustos Gisbert, Rafael, *La corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Ob. Cit., Pág.102.

económicas<sup>906</sup>; **ii)** sus bienes, derechos e intereses económicos<sup>907</sup>; y **iii)** la evolución de su patrimonio, en líneas generales, durante el tiempo que dure su gestión<sup>908</sup> [las actividades económicas son interdictadas hasta dos años posteriores al cese<sup>909</sup>]. Como veremos en el próximo capítulo, las declaraciones del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas presentadas ante la Administración Tributaria y las exigidas, en el caso de los miembros del Gobierno y altos cargos (Ley 5/2006), son particularmente relevantes no sólo como herramienta de control y detección de casos de corrupción, sino como instrumento disuasorio de tales conductas.

### **5.8. La conducta privada sin trascendencia pública**

En lo tocante a la posibilidad de divulgar legítimamente datos relativos a la vida privada de los gobernantes y altos cargos, nos quedan por responder dos interrogantes: **i)** *¿Qué pasa con las conductas privadas sin trascendencia pública llevadas a cabo en lugares públicos?*, y **ii)** *¿Qué pasa con las conductas privadas sin trascendencia pública que son llevadas a cabo en lugares privados?*

La tesis que nos ofrece García San Miguel es que estaría permitido todo lo que resultase indiferente. Según estima, y sólo como principio general, es de suponer que con arreglo a los usos establecidos, las personas prestarían su consentimiento a la publicación de aquellos datos personales observables en la calle y que no les resultan desfavorables,

---

<sup>906</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado, arts. 8 a 11.

<sup>907</sup> Ley 5/2006 arts. 6, 7, 12 y 13.

<sup>908</sup> Ley 5/2006 art. 12, y el art. 11 del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo.

<sup>909</sup> Ley 5/2006 art. 8.

tales como la asistencia a un espectáculo o acto social<sup>910</sup>. Ahora, como bien hace en advertir el propio autor, esta postura deja «algunos cabos sueltos». La curiosidad sobre la vida de quien elige para sí una mayor intimidad, no puede alimentarse. Cuando la voluntad del titular del derecho es no ser molestado, ser desconocido, o bien, autopresentarse ante los demás de la forma que él mismo elija, toda la actitud de hostigamiento hacia su persona es despreciable. Aún en el caso de un gobernante, y aún cuando se encuentre en un lugar público, si lo que este sujeto está desarrollando es cualquier actividad «privada», sin conexión alguna con la función, no se justifica avanzar sobre su intimidad<sup>911</sup>.

Para dar respuesta a la simple pregunta de si pueden ser objeto de divulgación o cobertura periodística hechos intrascendentes de la vida de los políticos el argumento no está lejos. La encontramos en el mismo criterio de «exigencia acumulativa» expuesto en el primer capítulo<sup>912</sup>, conforme al cual si la noticia hace referencia a una persona pública [categoría subjetiva], debe constatarse también un preponderante interés público por la materia o tema del que trata [categoría material]. De tal suerte, en el caso de los gobernantes, si lo divulgado no se refiere directa y evidentemente al ejercicio de la función pública, esto es, no trata de una información que niegue o afirme la confianza política en él depositada, o que pueda vincularse a su responsabilidad político-ética, no hay razón jurídica para reconocer su carácter de noticiable. Desde otra perspectiva, si los medios de comunicación se dedican a publicar estas «informaciones intrascendentes», sucederá que la

---

<sup>910</sup> García San Miguel, Luís, *La intimidad como límite de la libertad de expresión*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 30.

<sup>911</sup> Véase también al respecto en la página 498. En definitiva, los problemas no se han de plantear ya en términos de frontera o localización, sino de objetivos buscados y de proporcionalidad de la intromisión en la vida privada con el objetivo de informar (Lazcano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público, la necesidad de reformar la Ley orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el derecho a la vida privada*, Ob. Cit., Págs. 312-315).

<sup>912</sup> Véase en la página 153 y ss.



opinión pública quedará vacía. Se daría así una suerte de inmadurez, pues sin verdadero espíritu de crítica política, la opinión pública deja de estar en condiciones de ejercer su función auténtica de control democrático. Lo que debe interesar, idealmente, es que la información divulgada sobre gobernantes y altos cargos persiga una formación responsable de la voluntad política que luego, o habrá de ser expresada a través del gobierno de la mayoría, o bien se hará valer en el proceso de rendición de cuentas<sup>913</sup>. Como opina Santos Vijande, la mera satisfacción de la curiosidad ajena no es motivo suficiente para autorizar intromisiones en la vida privada de las personas, persecuciones, acosos mediáticos, cuando no genuinas agresiones a la integridad moral de las personas. El famoso que no presta su consentimiento a la captación y difusión de su imagen, o que no hace ostentación, liberal u onerosa, de su intimidad, tiene todo el derecho a que no se obtengan y divulguen noticias sobre su vida privada, a menos, claro está, que esas noticias puedan tener relevancia para la cosa pública. Es evidente que esa trascendencia para el interés general se dará con particular frecuencia en el caso de los políticos, pero, si se ha de ser coherente con la lógica del argumento basado en ese «interés general», no se puede excluir en modo alguno que dicho interés público pueda concurrir en informaciones –que por definición no han de ser triviales, anodinas, irrelevantes– sobre la vida privada de otros personajes socialmente importantes. Estas informaciones deberán tener acceso a la difusión mediática, pero siempre respetando ciertas cautelas infranqueables, añadidas a la trascendencia de la noticia: la necesidad para la información del dato que pueda significar una intromisión en los

---

<sup>913</sup> Como advierte, Innerarity «siempre ha de tenerse en cuenta que la cobertura mediática excesiva sobre cuestiones privadas de los políticos distrae nuestras prácticas de deliberación democrática. Cuanto más se focaliza la atención sobre detalles banales de la vida privada menos capacidad se desarrolla para valorar los matices de la vida pública. La vida privada de los políticos funciona como una gran distracción en unas sociedades profundamente despolitizadas. Por eso, cuando un medio se plantea si debe o no dar a conocer un comportamiento privado, las preguntas que debería hacerse son: ¿Qué efectos tendría esto sobre la calidad de nuestra vida democrática? ¿Se trata de un conocimiento del que deben disponer los ciudadanos para evaluar la acción de sus representantes? Si hay que hacerlo, ¿guarda proporción el grado de publicidad con su pertinencia?». (*La vida privada de los políticos*, laverdad.es, 24 de junio de 2008)

derechos reseñados en el art. 18.1 CE, su obtención de forma lícita –sin infringir normas o violar derechos<sup>914</sup> y, el respeto al honor de los afectados a la hora de difundir la noticia, etcétera<sup>915</sup>. Esto excluye, prácticamente de raíz, la posibilidad de informarse y de informar, escrita y gráficamente, sobre la vida cotidiana de estas personas cuando no media su consentimiento, esto es, sobre aquellas de sus actividades personales y familiares que, en el sentir común del ciudadano medio, poco o nada tienen que ver con la formación de una opinión pública libre, que, como se recordará, no es la libertad en la formación de opinión sobre cualquier materia, sino sobre aquéllas trascendentes para el interés general, puesto éste en relación con la necesidad de subvenir al pluralismo político.

**Al reconocer la existencia de «cuestiones privadas de trascendencia pública», no se pretende que el político sea un escaparate, un sujeto con vida privada y pública visualizada, sino que se asuma como un ciudadano con una especial obligación de rendir cuentas y por tanto de transparencia. Transparencia buscada en razón de su gestión, y sólo sobre específicos aspectos de su vida privada.** Si en la generalidad, la cualidad de persona pública de un sujeto tiene como efecto, prácticamente inmediato, el rebaje del umbral de su intimidad, éste dejar extramuros de la protección del derecho se intensifica aún más en el caso de que el cargo público ejercido sea de uno de aquellos posicionados en la elite administrativa y obtenidos merced la confianza (directa o derivada) otorgada por la colectividad. **El gobernante y el alto cargo son –al menos potencialmente y, muy probablemente junto a los parlamentarios– los personajes de**

---

<sup>914</sup> STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3. En cuanto se afirma «aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán –a fortiori– ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301 LRCr) una *revelación indebida*».

<sup>915</sup> Santos Vijande, Jesús María, *La captación y difusión no consentidas de personas públicas en momentos de su vida privada*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13/2004, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2004.

**quien se espera una máxima visibilidad.** Ellos se colocan en la última línea, en los umbrales de la intimidad que merece ser protegida. Tan es así que para Díez-Picazo, «la libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites»<sup>916</sup>. Pero, lógicamente, los límites están siempre: la información sobre su persona debe ser necesaria y proporcionada. Y resultará necesaria cuando contribuya a una formación responsable de opinión pública libre y sea pertinente para evaluar su legitimidad de origen y de ejercicio en su cargo, lo que nos reconduce a los distintos procesos de rendición de cuentas. Mucho se ha dicho de las consecuencias negativas de una «hiperinflación informativa». Pero pensamos que más vale la pena asegurar las condiciones que favorezcan la información y la transparencia administrativa con la esperanza de que el ciudadano se decida por el esfuerzo –por cierto, no siempre tan difícil– de confrontar datos, llegar a sus conclusiones y exigir controles. **Lo que proponemos es, en definitiva, disponer una «cúpula de cristal» que cubra este acotado espacio público de la elite del gobierno y la administración, pero que nunca se convierta en una «casa de cristal» en la que alojar a los gobernantes. Ante la primera nos encontramos a un ciudadano que escruta, controla o vigila aquellos asuntos que le conciernen. Frente a la segunda, habrá un «consumidor» que fisgonea aquello que emocionalmente lo provoca.**

---

<sup>916</sup> Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Ob. Cit., Pág. 330-331.



## 6. El derecho a la intimidad de los familiares del alto cargo

Cierto es que corresponde a cada persona acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar. De hecho, como se explicó, el derecho a la intimidad estará en primer término delimitado por los «propios actos» de su titular. En virtud de este contenido tan personalista del derecho sería más adecuado afirmar que lo que se garantiza no es una intimidad determinada sino el derecho a poseerla; el derecho a disfrutar de una vida privada elegida, disponiendo de un amplio poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia<sup>917</sup>. Con el centro de atención fijado exclusivamente en esta faceta del derecho, el legislador y la doctrina nacional han sido renuentes a exigir a la familia o al círculo íntimo de las personas públicas que toleren injerencias en su intimidad cuando ellas obedecen a un interés por aquel otro que gestiona el poder público. **Concretamente, en lo que respecta al vínculo familiar o íntimo de gobernantes y altos cargos, se opinó que «exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses es desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con [la] decisión [de aquel] de ser hombre público»<sup>918</sup>. Aún más, para García Mexía «entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada»<sup>919</sup>. También pareciera que recoge similar postura la ley 5/2006 de «Conflicto de Intereses» cuando obliga al alto cargo a presentar declaración de sus bienes y derechos, pero en el caso del cónyuge dispone que voluntariamente podrá**

---

<sup>917</sup> Véase en en la página 57.

<sup>918</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

<sup>919</sup> Tal es la afirmación de Pablo García Mexía en *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 192.

formularla<sup>920</sup>. La idea de una merecida y completa ajениdad de los vínculos familiares de los políticos o gobernantes con la «escena pública» es una creencia que suele exteriorizar la propia «clase política». Como ilustra García Ferrer, las textuales declaraciones de un alto cargo ante la sospecha de un enriquecimiento ilícito fueron: «mi patrimonio como hombre público que he sido está a disposición de la opinión pública, e igual mi patrimonio pasado para que pueda compararse. No así el de mi familia, ya que ellos no tienen que ver con mi decisión de ser hombre público»<sup>921</sup>. Se verifica, entonces, que estos argumentos recogen como «pieza clave» la voluntariedad o decisión de cada uno de los sujetos que integran el vínculo íntimo del gobernante. Por tanto, como no opera respecto de los familiares e íntimos del alto cargo la presunción de una aquiescencia indirecta [cosa que sí sucedería en el caso del gestor público] no hay posibilidad de obligarlos a transparentar aspectos de su intimidad que ellos no desean mostrar. En definitiva, según se interpreta, la ausencia de una elección personal por lo público hace que la reserva de la intimidad deba respetarse y que no sea vean sometidos o bajo el riesgo de las mismas amenazas de quienes sí optaron por la participación política. Lo llamativo [o sugerente, según el caso] es que esta razón parezca causa suficiente como para mantener a familiares e íntimos del gobernante ajenos al control. Tal es el panorama de la sociedad española actual.

Para desandar estos argumentos habría que comenzar por recordar que el ejercicio de un derecho nunca puede significar un uso irracional del ámbito de poder que atribuye a sus titulares. El Tribunal Constitucional ha reiterado desde su primera jurisprudencia que todos los derechos son limitados y susceptibles de limitación, tanto se hayan delimitado

---

<sup>920</sup> El art. 12 de la Ley 5/2006 de *Conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado*, establece que quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular una declaración comprensiva de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones y que «voluntariamente, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad podrá formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo».

<sup>921</sup> Vid. «Tiempos difíciles», Antena 3 TV. Programación del 2-2-95, citado por García Ferrer *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

constitucionalmente o no se constitucionalicen junto a una reserva específica de limitación. La verdad es que no podría ser de otra manera puesto que «la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional. Mantener el criterio contrario es tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco constitucional, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial»<sup>922</sup>. Y por cierto, los bienes y valores constitucionales con virtualidad limitadora son numerosos en nuestra Constitución, si bien, en todo caso, serán «fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos»<sup>923</sup>.

Todo lo anterior no puede entenderse tampoco en desconocimiento de que las normas de limitación no son normas absolutas, como no lo son los derechos que ellas limitan. Unos y otros se integran al ordenamiento constitucional en la intención de

---

<sup>922</sup> STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6. «Negar la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de aquellos derechos reconocidos constitucionalmente sin reserva de limitación o respecto a los cuales no se haya establecido un límite expreso será tanto como impedir a los órganos estatales que cumplan adecuadamente con las tareas que les impone el orden constitucional y desconocer que los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores. En este marco, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial».

<sup>923</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.

armonizar todos los intereses de forma coordinada y razonable, sin desequilibrios ni prevalencias absolutas.

La elección por la «escena pública» conduce, según los casos y aspectos, da un estrecho margen de intimidad. Se explicó ya que la persona pública atrae sobre sí un «interés público» que obedece [o debe obedecer] a la trascendencia de su mandato representativo. Este mandato provoca una responsabilidad por representación política, según la cual el representante responde del ejercicio de su función, ante el Parlamento y ante toda la colectividad. La forma en la que se «responde» es mediante los variados mecanismos de rendición de cuentas que no sólo tienen por objeto los «actos de dirección política», sino incluso asuntos personales con relevancia pública e interés político, en tanto y en cuanto conduzcan a la vigilancia del fiel ejercicio del cargo asumido<sup>924</sup>. Este interés público exige, con cierta frecuencia, que el legislador irrumpa o se inmiscuya en la esfera privada no sólo del agente, sino de su vínculo familiar más íntimo. Y llegado el caso, la ley que plasme esa intervención estatal del derecho fundamental no necesitaría nunca del consentimiento de su titular. Por sí misma, prescindiendo por completo de la aquiescencia del ciudadano, podría limitar legítimamente el derecho en tanto sea idónea, necesaria y proporcionada. **Lo que sucede aquí es que el gobernante o alto cargo, como «persona pública» irradia el interés público sobre su persona a su familia o vínculo íntimo, y en virtud de ello alguno de los derechos fundamentales de estas «personas privadas» pueden también verse limitados, no por causa propia, sino por causa del**

---

<sup>924</sup> Es, precisamente —nos dice— el rendimiento de cuentas, como forma de responsabilidad política, lo que ha constituido desde el principio el componente democrático de la representación. Véase en la página 284. También se señaló, en relación a la llamada «Ley de conflicto de intereses» que la materia sobre la que han de rendir cuentas no será necesariamente «actos de dirección política» o mejor dicho, no lo será de forma «inmediata», sino que puede tratarse de asuntos personales con relevancia pública e interés político en tanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo asumido [se trata de asuntos privados con relevancia pública]. Podrá pedírsele explicación tanto de la composición y evolución de su patrimonio, como de la concesión de una subvención otorgada a una empresa en la que integrantes de su círculo personal más íntimo desempeñen algún cargo de relevancia mencionado por la ley. Véase en la página 309.



**agente al que se lo vincula.** Como se ha dicho, «Una persona privada, en sí misma y en su actividad, tiene una intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una generalidad mayor o menor de ciudadanos, éstos tienen el derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos. Si son falsos, la persona tendrá la protección del derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina –es decir disminuye– en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta –por razón de su actividad política– a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar» (O’Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Ob. Cit., Págs. 90-91). Efectivamente el derecho a la intimidad tiene un carácter «selectivo»; poseemos el derecho a una intimidad elegida, pero esta decisión se paraliza cuando surgen razones de interés público que hacen estrictamente necesario descubrir precisos datos de la esfera íntima de personas públicas o privadas. De tal suerte, sostener que «sólo el consentimiento autoriza la intromisión en la intimidad» conlleva desconocer que el derecho no sólo registra un límite interno, sino también otros externos y que básicamente hay dos coordenadas que definen el contenido del derecho a la intimidad: el «interés individual» y «el interés público». **El «interés individual», viene definido por la expresa o implícita voluntad del titular que fija el ámbito de protección [i.e sus propios actos]. El «interés público» por las necesidades del sistema democrático, amparadas por la Constitución, necesidades que también pueden estar previstas en una ley que autorice expresamente determinada entrada en el ámbito de la intimidad.** En la medida que la injerencia venga dispuesta por un soporte legal «proporcionado», no habrá

una vulneración. El mismo canon también puede aplicarse al caso en que la injerencia provenga de otro particular<sup>925</sup>.

Por otro lado, **que la ley no necesita del consentimiento del titular del derecho para disponer, siempre de forma proporcionada, una inspección de su privacidad económica es para el conjunto de los ciudadanos una realidad tangible del día a día.** Resulta incontestable que la distribución equitativa del gasto público es un bien o valor constitucional con virtualidad limitadora del derecho a la intimidad<sup>926</sup>. Y tan es así que no se escuchan voces que pretendan que el Estado deje librado a la voluntad de cada uno de los ciudadanos el elegir si ha de formular la declaración impositiva que le corresponde o si prefiere no hacerlo. Y así como «la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria» y que «para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora de la Administración Tributaria»<sup>927</sup>, también son otros fines y mandatos Constitucionales la vigencia del Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE]; el deber de cuántos integran la Administración Pública de «servir con objetividad a los intereses generales» [art. 103. 1 CE]; y el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello [art. 9.2 CE], todo lo que fundamenta la lucha contra la

---

<sup>925</sup> El juicio de proporcionalidad se activa tanto ante la injerencia del Estado o de otro particular. Véase en la página 451. La aplicación del «canon de constitucionalidad» a la información y opiniones volcadas en un reportaje que tiene por objeto a una persona privada fue materia de exposición del Tribunal Constitucional en la STC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8.

<sup>926</sup> La STC 47/2001 de 15 de febrero, FJ. 8, reconoce que «en las declaraciones del IRPF [Impuesto a la Renta de las Personas Físicas] se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos» y en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7 que la información de trascendencia tributaria «puede incidir en la intimidad de los ciudadanos».

<sup>927</sup> Auto del Tribunal Constitucional 7/2007 de 15 de enero, FJ 4.

corrupción. Por tanto, si para hacerla efectiva fuera imprescindible intervenir la intimidad de personas públicas o privadas, el Estado estará legitimado para acotar aquel derecho en lo estrictamente necesario<sup>928</sup> sin que la aquiescencia del titular tenga algún papel en este caso.

**No hay lugar a la voluntariedad cuando nos enfrentamos a una «necesidad ponderada».**

Podemos prescindir de una estadística y aún con rigor empírico sostener que en el patrimonio de la familia y amigos suele el político camuflar su enriquecimiento ilícito, lo que da la razón a quien declara que los bienes e intereses de los allegados a los «políticos», incluso antes y durante su elección, importan a la ciudadanía<sup>929</sup>. Las noticias sobre la complicidad de testaferros con la que los servidores infieles cuentan parecen ser consustanciales a los casos de corrupción<sup>930</sup> y en muchos de estos casos, en efecto, son sus

---

<sup>928</sup> El interés público exige, con cierta frecuencia, que las autoridades públicas irrumpen, o se inmiscuyan, en la esfera privada de las personas. En cualquier caso estas intervenciones han de ser mínimas, las *estrictamente necesarias en una sociedad democrática*, tal como ha advertido la Convención Europea de los Derechos del Hombre (Romero Coloma, Aurelia maría, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 67).

<sup>929</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Págs. 261-262: «En nuestra opinión, las mismas circunstancias que en la actualidad evidencian la necesidad de una especial transparencia del político en su renta, patrimonio e intereses justifican que este tipo de informaciones puedan ser publicadas respecto de un familiar o amigo, ya que, ocasionalmente, suelen camuflarse por esa vía los enriquecimientos injustificados. **Sin embargo, exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses parece desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con su decisión de ser hombre público.** Por eso, como ha defendido la Ley de Castilla La Mancha, tal vez deba adoptarse una posición ecléctica. La postura intermedia que nosotros proponemos, en la línea del citado texto legal, es que sólo el cónyuge, compañero/a sentimental e hijos menores de edad, tengan la obligación de formular declaración sobre concretos aspectos de su patrimonio, siendo optativa la publicación total de sus rentas, bienes e intereses. En cualquier caso, siempre que pueda sospecharse con fundamento que el político se ha podido enriquecer injustificadamente, es posible revelar sus datos financieros y patrimoniales, aunque no consten en ningún registro de bienes e intereses. No obstante, pensamos que el periodista debiera siempre contrastar sus noticias con el afectado, recogiendo, en caso de disconformidad, la información que como suya le dé. Esta regla también habría de ser seguida cuando la noticia concierne a las propias finanzas o patrimonio del político».

<sup>930</sup> El País, 5 de octubre de 2010, «La esposa y la hija de Roca dicen que están procesadas por el parentesco»; Público, 31 de marzo de 2010, «El Juez busca en EEUU el grueso del patrimonio ilegab», se afirma «*Jaume Matas y su mujer, Maite Areal, llevaban un tren de vida "de absoluto derroche y ostentación" incompatible con sus ingresos y sobre el que han ofrecido explicaciones "kafkianas" en su intento por despistar a la Justicia, "llegando incluso al descaro", en el caso de la esposa, de pedir a proveedores que le devolvieran dinero negro para legalizarlo mediante facturas "y así amañar pruebas"*. De esa forma define el magistrado José Castro el modo de

familiares directos [cónyuges, hijos y cuñados] quienes aparecen como titulares registrales de bienes que no son más que la mera transformación del producto de un delito contra la Administración Pública. Las recientes investigaciones que ocupan a los tribunales españoles habilitan la conjetura de que la utilización de estos «titulares formales de bienes adquiridos con fondos públicos» va tan estrechamente unida a la comisión de actos corruptos que casi podría decirse que donde hay enriquecimiento ilícito, hay testaferros.

Por tanto, **si la colaboración del «círculo íntimo» del político corrupto es una evidencia, intranquiliza que el legislador no lo vea, no lo tenga en cuenta o equivoque sus razones.** De este desarreglo nos advierte el documento para la «Prevención y control de la delincuencia organizada, estrategia de la Unión Europea para el Nuevo Milenio», cuando recomienda que «habría que adoptar un instrumento que plasme tanto las medidas que los Estados miembros deberán adoptar respecto a los centros financieros intra y extraterritoriales y los paraísos fiscales que funcionan dentro de sus

---

*vida del ex president de Balears y ex ministro de Medio Ambiente con José María Aznar. Pese a que la mera descripción del patrimonio acumulado por Matas desde 2002 cuando aún era ministro resulta abrumadora en sí misma, el juez avisa de cuáles son sus sospechas: que el ex ministro pueda haber ocultado en Estados Unidos o en otro país "vecino" el grueso de los beneficios ilícitamente obtenidos"(...) Con un lenguaje que plasma su incredulidad respecto a la versión de los Matas, el magistrado detalla cómo el presidente balear se hizo a partir de 2002 con tres propiedades de lujo, dos en Mallorca y una en Madrid. Y cómo intentó fingir que dos de ellas no eran suyas. Lo llamativo, dice el juez al referirse a una de las tres adquisiciones, el piso de 150 metros situado en el madrileño barrio de Salamanca y escriturado a nombre de un presunto testaferro, "es que se pretenda" ocultar la propiedad real del inmueble "mediante una burda e inútil estrategia"; Público, **26 de marzo de 2010** «La Fiscalía pedirá medidas cautelares para Matas y su cuñado por corrupción»; Público, **23 de marzo de 2010**, «La situación penal de Matas se agrava con más pruebas, una grabación muestra a su cuñado expresando temor a que un testaferro los deje "con el culo al aire" en plena investigación judicial» (Caso Palma Arena); Público, **26 de febrero de 2010**, «La corrupción liquida a Muneat en Balears» (Caso Maquillaje); El País, **22 de febrero de 2010**, «Familiares de un imputado del caso Astapa tenían 10 millones de euros en Andorra», se relata «Familiares directos del ex gerente de Urbanismo de Estepona (Málaga) Pedro López, guardaban en una cuenta corriente en Andorra 10 millones de euros, supuestamente procedentes de sobornos cobrados por el ex alto cargo a promotores con intereses urbanísticos en la localidad vecina a Marbella. Según informa la agencia Efe, el dinero ha sido bloqueado después de que el juez Jesús Torres, que investiga el caso Astapa sobre corrupción en Estepona, enviara una comisión rogatoria al país pirenaico»; El País, 12 de diciembre de 2009, «El Juez implica al esposo de Munar en la causa contra la Presidenta del Parlamento Balear», Público, **7 de octubre de 2009**, «La trama colocó dinero en casi veinte países con testaferros» (Caso Gürtel), se afirma «Correa sólo tenía un piso y una plaza de garaje, y para desplazarse, una motocicleta. Al menos, eso es lo que trataba de hacer creer al fisco el jefe de la 'trama Gürtel', quien no declaraba el IRPF desde 1999. Pero la realidad es bien distinta y apunta a que aún amasa una fortuna en paraísos fiscales, amén de haber disfrutado de un Audi A8 y un chófer»; Público, **28 de octubre de 2008** «La policía detiene a un testaferro de Roca» (Caso Malaya).*

propios territorios, como una política común de la Unión Europea en relación con los centros financieros y los paraísos fiscales fuera del territorio de la Unión Europea» y que «dicho instrumento debería referirse al uso de testaferros y otras técnicas para disimular al verdadero propietario de los bienes»<sup>931</sup>.

**Se hace necesario, muchas veces, levantar el velo de la intimidad de la familia y vínculo íntimo del gobernante y alto cargo, tanto con fines preventivos como represivos de la corrupción.** La evaluación de sus legítimos alcances la reservamos para el análisis de un caso concreto. En el capítulo cuarto vamos a analizar si una «hipotética» intervención legislativa en el derecho a la intimidad del vínculo íntimo del gobernante y alto cargo, que solicita la transparencia de sus patrimonios personales, resultaría desproporcionada y por ello inconstitucional.

---

<sup>931</sup> Recomendación nº 14. a) (DO CC EE, c 124/1 de 3 de mayo de 2000). Lógicamente el uso de testaferros también preocupa en las investigaciones contra el fraude fiscal. La Resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 27 de octubre de 1998<sup>931</sup>, en la lucha contra el fraude fiscal, crea los Equipos de Estudio del Fraude en los Departamentos de Recaudación y Gestión Tributaria con la finalidad de analizar la problemática específica del fraude fiscal en lo que se refiere a los cometidos de control respectivos. Dispone así que «el Equipo de Estudio del Fraude del Departamento de Recaudación Tributaria se especializará en el análisis y propuesta de sistemas de prevención y corrección de fraudes en la fase recaudatoria, así como de aquellos comportamientos tendentes a evitar el pago del impuesto mediante fórmulas tales como el alzamiento de bienes, la sucesión de empresas, la interposición de testaferros y otras» (Punto Segundo).



## **CAPÍTULO IV**

*El derecho a la intimidad de los altos cargos en la Ley  
5/2006 de 10 de abril, de Conflicto de intereses de los  
Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la  
Administración General del Estado*





## 1. La Ley 5/2006 desde un amplio enfoque

Es usual aún hoy, cuando ya han pasado más de cinco años de la modificación legislativa, escuchar de boca de algunos actores políticos referirse a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de *Conflicto de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado* [LCI], como «Ley de incompatibilidades»<sup>932</sup>. Pero exactamente esta nueva norma, con exclusividad o preeminencia, no es ni una ni ley sobre «conflictos de intereses», ni de «incompatibilidades». **Cualquiera de estas dos formas de evocarla resulta peligrosamente parcial** en tanto deja fuera otro aspecto esencial de su contenido: el control del patrimonio de gobernantes y altos cargos. Y al hacerlo así termina por esconder su principal objetivo, pues bien mirada la LCI, más que una legislación sobre incompatibilidades o conflicto de intereses, es una auténtica herramienta contra la corrupción. En todo caso, lo que nos interesa destacar es que **la cuestión de «nombre» que planteamos no carece de importancia**. Es sabido que el título de una ley debe facilitar su identificación en pos de su conocimiento, respeto y uso de los derechos que confiere. Cuando así no sucede, es decir, cuando el distintivo con que se da a conocer una norma no es cabal, en el sentido de que no es ni completo ni exacto, sucede que difícilmente permitirá a sus destinatarios familiarizarse con todo su contenido. El peligro radica, entonces, en que un título deficiente puede provocar la enervación del precepto legal. Se tendrá una ley vigente pero sin uso. En definitiva, un título desacertado debilitaría

---

<sup>932</sup> Los sucesivos títulos de las leyes sobre el tópico en el período constitucional fueron: i) «Ley de *Incompatibilidades* de Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 25/1983, de 26 de noviembre]; ii) Ley de *Incompatibilidades* de Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 12/1995, de 11 de mayo], y iii) «Regulación de los *conflictos de intereses* de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado» [Ley 5/2006, de 10 de abril].

la fuerza de la ley y, como iremos señalando a lo largo de todo este capítulo, algo de esto sucede con la LCI.

Hecha la observación sobre el inicial desacierto, lo que nos proponemos en este apartado es llevar adelante una «presentación en sociedad» de la Ley 5/2006 que responda más fielmente a su contenido. Y no hay modo de realizar el acto de presentación que se ambiciona si no nos ocupamos de despojarla, definitivamente, del corsé que la tiene ceñida a los sistemas de incompatibilidades y conflicto de intereses<sup>933</sup>. Para ello se impone previamente identificar sus objetivos, los asuntos tratados, la relación teleológica, temática o sistémica que se da entre ellos, para luego evaluar si se hace palpable una materia dominante o eje vertebrador. Veamos entonces:

El Preámbulo de la Ley 5/2006 reconoce como objetivos propios: **i)** Prevenir situaciones que puedan originar conflicto de intereses<sup>934</sup>; **ii)** Garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo<sup>935</sup>; **iii)** Ejercer control democrático en la designación de ciertos agentes<sup>936</sup>; **iv)** Reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer a los ciudadanos<sup>937</sup>; **v)** Restringir todas aquellas actividades que puedan perturbar o incidir en el pleno desempeño de sus funciones

---

<sup>933</sup> Incluso el propio Preámbulo nos advierte que no debemos identificarla con el simple régimen de incompatibilidades. Se afirma «No se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa» (Ley 5/2006, de 10 de abril, Segundo párrafo).

<sup>934</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, párrafo primero.

<sup>935</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, segundo párrafo.

<sup>936</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, tercer párrafo.

<sup>937</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, cuarto párrafo.

públicas<sup>938</sup>; **vi**) Reforzar el control sobre los intereses patrimoniales que tengan los altos cargos y su vínculo familiar más íntimo<sup>939</sup>, **vii**) Garantizar que durante el ejercicio del cargo el agente no vea afectada su imparcialidad e independencia; y, finalmente, **viii**) Reforzar el régimen sancionador para que los incumplimientos conlleven penalizaciones efectivas<sup>940</sup>. De seguido, en su articulado identifica como su «ámbito objetivo» el regular los requisitos previos para el nombramiento de gobernantes y altos cargos y adoptar las medidas básicas para evitar las situaciones de conflicto de intereses. Una y otra materia de regulación ocupan los dos grandes títulos de la LCI<sup>941</sup> y responden a los tres momentos diferentes en que opera su control: antes de la toma del cargo; simultáneo a su ejercicio y posterior. En el desarrollo del Título II, identificado como «conflictos de intereses», establece lo que denomina el «régimen de incompatibilidades» y lo hace no sólo como técnica que emplea para evitar situaciones de conflicto de intereses, garantizando el «servicio al interés general», tal como lo reconoce expresamente<sup>942</sup>, sino con otros fines adicionales que no declara<sup>943</sup>. En efecto, que hay fines u objetivos no declarados expresamente puede inferirse, por ejemplo, de su pretensión de asegurar la dedicación exclusiva al cargo público<sup>944</sup>. Cuando la

---

<sup>938</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, quinto párrafo.

<sup>939</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, sexto párrafo.

<sup>940</sup> Ley 5/2006, Preámbulo, séptimo párrafo.

<sup>941</sup> La Ley 5/2006 consta de tres títulos: Título Preliminar; Título I «Requisitos Previos para el nombramiento de los titulares de determinados órganos» y Título II «Conflicto de Intereses».

<sup>942</sup> El art. 4.2 de la Ley 5/2006 hace referencia al carácter instrumental del régimen de incompatibilidades en el marco de la regulación de las situaciones de conflicto de intereses cuando establece «El presente título regula la prevención y resolución de conflictos de intereses a través del establecimiento de un régimen de incompatibilidades y de las correspondientes sanciones».

<sup>943</sup> Ya García Mexía, cuando analiza la anterior Ley 12/1995, de 11 de mayo [Ley de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración], afirma que la técnica de la incompatibilidad se emplea con *finés adicionales* al de regulación de los conflictos de intereses (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 76).

<sup>944</sup> El principio se enuncia en el art. 5 cuando establece que «los altos cargos (...) ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante la sustitución o apoderamiento, de

LIC impide al agente, en principio, ejercer un segundo cargo público no lo hace, lógicamente, para evitar una traición al «interés general», sino con el ánimo de afianzar la eficacia de la Administración. Asimismo, y esto tampoco tiene que ver en rigor con la «evitación de situaciones de conflicto de intereses», elimina para los altos cargos la percepción de cualquier retribución o asistencia por su participación en órganos rectores o Consejos de Administración de las empresas de capital público [actividades por excepción compatibles]. De hecho, en el Preámbulo reconoce que la medida supone «una mejora en la transparencia del sistema retributivo de los altos cargos»<sup>945</sup>. Pero, y esta cuestión es trascendental, a la técnica de las incompatibilidades, se le suma otra que también va más allá de cuanto tenga que ver con los «conflictos de intereses»: la técnica de la declaratividad de actividades<sup>946</sup> y de bienes y derechos<sup>947</sup>. La LIC exige a los altos cargos declarar todas las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento, y de conformidad en simultáneo con el cargo, como las que realizaron dos años anteriores y dos tras cesar en el desempeño del cargo<sup>948</sup>. Igualmente han de formular una declaración patrimonial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. Voluntariamente su cónyuge o «conviviente» también podrá hacerlo.

Con todo lo expuesto se verifica que la **LCI incluye una amplia gama de objetivos que superan aquellos que en su articulado se reconoce y también los que**

---

cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena (...).

<sup>945</sup> Véase Artículo 9, que establece, como excepción, las actividades públicas compatibles y lo declarado en el Preámbulo, párrafo quinto.

<sup>946</sup> Artículo 11, Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>947</sup> Artículo 12, Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>948</sup> Artículos 7 y 11, Ley 5/2006, de 10 de abril.

**su título anuncia.** Y si bien es cierto, como apunta Meseguer Yebra, que hay una utilidad del régimen que contiene la LCI de servir como sistema de detección de situaciones aquellas situaciones de «conflicto» que rozan el ilícito penal<sup>949</sup>, en rigor –insistimos– esta ley es algo más que eso.

Entendemos que hay en la LCI una unidad temática identificable que viene dada por el hecho de que todos los asuntos que trata presentan una concatenación sustancial que, evidentemente, hizo que el legislador los integre sistemáticamente en una misma norma. La cuestión a dilucidar es *¿cuál es ese tema sustancial o materia común?* En nuestra opinión sus tres asuntos principales [conflicto de intereses, sistema de incompatibilidades, y sistema de declaratividad de actividad y patrimonio] admiten un eje vertebrador que les da cohesión y hace de esta norma un todo homogéneo. De su contenido es factible inferir que busca ofrecer un gobierno sujeto a control; un gobierno que rinde cuentas de una actuación respetuosa de los intereses generales; y que, como consecuencia inmediata, tiene aptitud como versátil herramienta contra la corrupción. Lo reconozca o no su título, preámbulo o articulado, **la LCI es una auténtica ley anticorrupción. Si la finalidad de toda norma no es otra que la que se obtiene al aplicar sus preceptos, tenemos que de decidirse por aplicar con determinación la LCI se estaría abriendo un amplio campo de control y detección de las más variadas prácticas corruptas cometidas por los cargos más de élite de la Administración General del Estado.** Para exponer este eje vertebrador discriminaremos sus dos dimensiones: **i)** en cuanto busca un gobierno responsable, y **ii)** como herramienta contra la corrupción. Adviértase que, de todos modos, se trata de dos dimensiones inextricablemente ligadas. Tan sólo se trata de una división analítica que indica que la LCI

---

<sup>949</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 51.

vehiculiza la lucha contra la corrupción mediante el aseguramiento de un gobierno responsable, obligado a rendir cuentas de manera fiable y cotidiana.

### 1.1. La Ley 5/2006 como instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio

Como se dijo, más allá de la limitada sugerencia que hace su título, la LCI se constituye en un verdadero instrumento que abre espacios para que tanto el Estado<sup>950</sup> como los ciudadanos<sup>951</sup> puedan ejercer un control democrático en la designación y desempeño de funciones de los cargos políticos de élite. **Trascendiendo la simple ocurrencia de situaciones de conflictos de intereses, tiene virtualidad para operar en un terreno aún más extenso.** Hay en todo su articulado, a modo de objetivo de referencia, la pretensión de prevenir, detectar y castigar la venalidad misma del gobernante o alto cargo, independientemente de que se entregue a la satisfacción de un interés privado, propio o de un tercero, y por haber actuado en una situación de conflicto de intereses, o

---

<sup>950</sup> La norma da lugar al control del Estado, específicamente por medio de la Oficina de Conflicto de Intereses, el Gobierno y el Congreso de los Diputados. En efecto, el art. 15 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, establece como órgano de gestión del régimen de incompatibilidades a la Oficina de Conflictos, adscripta orgánicamente al actual Ministerio de la Presidencia. A su vez el art. 16 prevé que la Oficina de Conflictos de Intereses elevará al Gobierno para su remisión al Congreso de los Diputados información detallada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las infracciones que se hayan cometido en relación a la misma. Asimismo, como no podía ser de otra forma, el acceso al «reservado» Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales al Congreso de los Diputados y Senado, y en algunos casos a los órganos judiciales y Ministerio Fiscal.

<sup>951</sup> Más allá de la posibilidad de denunciar cualquier infracción tanto administrativa como penal, vinculada a esta norma, los ciudadanos tienen derecho al acceso de las Declaraciones de Actividades del art. 11 de la Ley 5/2006, de 10 de abril. Al respecto, García Mexía destaca positivamente «la posibilidad que algunos ordenamientos —entre ellos el español— atribuyen a sus ciudadanos de denunciar comportamientos es se conoce como *whistleblowing*, literalmente “toque de silbato”, tanto en el ámbito penal, como en el administrativo (el único ejemplo existente en nuestra legislación administrativa figura en la de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos, arto -19.2 Ley 5/2006). En lo que al ámbito penal atañe, es asimismo posible conforme al ordenamiento español que sean los Propios ciudadanos quienes ejerzan la acción penal, llamada en este caso “acción popular”, contra cargos o funcionarios presuntamente autores de delitos relacionados con la corrupción. (García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 153).

como consecuencia de un tráfico de influencias, por haber acordado un cohecho o como resultado de cualquier otra forma de corrupción.

Desde otra perspectiva, **la LCI es un instrumento ideado y puesto en práctica por el orden jurídico con el objeto de garantizar la responsabilidad de la actuación administrativa tanto a priori como a posteriori**. Como instrumento a priori, antes del ejercicio de la actuación administrativa, exige a los Miembros del Gobierno y demás altos cargos el cumplir con una serie de requisitos que permitan presuponer que su actuación será legal, capaz y, por tanto, responsable<sup>952</sup>. Precisamente, con el designio de evitar actuaciones ilegales e irresponsables, aparecen las declaraciones de actividades y declaración de bienes, derechos y obligaciones y la comparecencia antes del nombramiento. Como instrumento a posteriori que, como tal, opera frente a las actuaciones de la Administración Pública, responde a la realidad apriorística de que al responsable político se le exige una preocupación por el interés general. Y para el caso de su vulneración prevé un régimen sancionador<sup>953</sup>. Frente a toda infracción por parte del gestor de lo público, aparece la garantía jurídica que le asiste al ciudadano administrado de denunciar cualquier hecho que

---

<sup>952</sup> Como otros instrumentos operan *a priori* de la actuación de los poderes públicos y que pretenden asegurara una actuación legal, capaz y responsable, Hernández Oliver enuncia «el acceso a los cargos públicos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, de los artículos 23 y 103 de la Constitución Española; de las inelegibilidades del Derecho Electoral, conforme a lo dispuesto en los artículos 70.1 de la Constitución Española y 6 y 7 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio; de las incompatibilidades del Derecho Parlamentario, previstas en los artículos 160 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral, 19 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 26 del Reglamento del Senado; de las exigencias de declaraciones de bienes, intereses y actividades a los parlamentarios y otros cargos públicos previstas en los artículos 18 del Reglamento del Congreso de los Diputados, 26 del Reglamento del Senado, 11 y 12 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; de las obligatorias comparecencias parlamentarias previas al nombramiento de algunos cargos públicos reguladas en el artículo 2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración del Estado; o de las instituciones de la recusación y la abstención previstas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre» (Hernández Oliver, Blanca, *Administración responsable: control, dación de cuentas y evaluación periódica de la responsabilidad de la Administración*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008, Págs. 103-104).

<sup>953</sup> Véase Ley 5/2006, de 10 de abril, Capítulo V, artículos 17 a 22.

constituya una infracción a esta ley<sup>954</sup>. En efecto, en el supuesto del ordenamiento español, desde hace bastante tiempo existe un completo régimen de denuncias ciudadanas en la legislación procesal penal<sup>955</sup>, perfectamente aplicable respecto de los delitos relacionados con la corrupción. Al citado ha de añadirse el mecanismo de denuncia de toda infracción administrativa, siendo su más destacable característica el alcance universal de la legitimación activa para plantear las denuncias, lo que hace de este precepto un verdadero cauce de participación ciudadana en el control del cumplimiento de la norma. Va de suyo, entonces, que la LCI se constituye como un instrumento jurídico dotado de una imperatividad más o menos intensa pues no sólo pretende prevenir sino también disuadir a sus destinatarios de concretar una conducta indeseada por temor a las consecuencias que conllevaría la infracción. Y ya se vio en este trabajo que el incumplimiento a lo regulado por la LCI lleva

---

<sup>954</sup> Cfr. Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en su artículo 11 d) en cuanto establece que «Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia. A efectos del presente Reglamento, se entiende por: a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación, b) Orden superior: La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron; c) Petición razonada: La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron, d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables. 2. La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento. Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación».

<sup>955</sup> Art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



consigo no sólo una responsabilidad jurídica, sino incluso una auténtica responsabilidad política institucional<sup>956</sup>. De tal suerte, al aportar este dúctil «grano de arena» para conseguir un Gobierno responsable, merece incluir la LCI entre aquellas medidas que propenden a la reforma de la actuación administrativa en tanto y en cuanto extiende los controles que recaen los cargos políticos<sup>957</sup>. Por todas estas razones puede decirse que la LCI ofrece una particular de *accountability* gubernamental.

## 1.2. La Ley 5/2006 como versátil herramienta contra la corrupción

También es pertinente reconocerle a la LCI la **virtualidad de funcionar como una verdadera herramienta contra la corrupción**. La doctrina es prácticamente unánime al dar por cierto que las políticas de prevención y resolución de conflictos de intereses se insertan en una política más amplia de prevención y lucha contra la corrupción. Así, para García Mexía los conflictos de intereses son fruto de una variedad de corrupción, o más precisamente, una «sutil manifestación de corrupción contemporánea»<sup>958</sup>. En el supuesto

---

<sup>956</sup> Véase «La Responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos en los términos de la Ley 5/2006 de Regulación de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado» en la página 308 y ss.

<sup>957</sup> En opinión de Hernández Oliver es indudable que no obstante sus deficiencias, por lo que respecta a los instrumentos diseñados por el Ordenamiento Jurídico para asegurar la responsabilidad en la actuación de los poderes públicos, podría decirse que la tendencia es a su aumento y potenciación, haciendo especial hincapié en aquéllos que, hasta el momento, o eran escasos o eran poco utilizados o, pese a su utilización, tenían un éxito limitado. Hoy, además de la exigencia de una verdadera legitimidad de origen, garantizada mediante el cumplimiento por los agentes públicos de una serie de requisitos *a priori* que permitan una cierta confianza en la responsabilidad de su actuación, se exige, cumulativamente, una legitimidad de ejercicio, a través de la superación de una serie de pruebas de control tras la actuación administrativa, y finalmente y, como colofón del sistema, se arbitra la posibilidad de poner en marcha las garantías jurídicas para exigir responsabilidad a los poderes públicos (Hernández Oliver, Blanca, *Administración responsable: control, dación de cuentas y evaluación periódica de la responsabilidad de la Administración*, en «El derecho a la buena Administración Pública, Ob. Cit., Pág. 104).

<sup>958</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit. Pág. 77-78. Su afirmación es que nada nos impide pensar que también en España, el cargo o funcionario que no se abstuviere de intervenir en un procedimiento administrativo que afectase a una empresa de la que es socio, incurriría en un conflicto de intereses y quebrantaría la legislación de incompatibilidades, pudiendo por ende su conducta tildarse de «corrupta», tanto si su falta de inhibición le

del «conflicto de intereses» la corrupción viene dada por la dificultad para ajustar la conducta del funcionario público y de los particulares a la determinante diferencia que debe darse entre bienes públicos y privados. Asimismo, en opinión de Villoria Mendieta, las políticas de «conflicto de intereses» se ubican en el marco principal de las políticas anticorrupción<sup>959</sup> y, por tanto, son parte del **i)** marco estructural<sup>960</sup>, porque ayudan al sistema democrático a construir la confianza generalizada y a someter al gobierno a escrutinio; **ii)** son parte de la estrategia preventiva<sup>961</sup>, pues las leyes y estatutos sobre los conflictos de intereses, los códigos de conducta, las leyes de incompatibilidad y otros instrumentos como las reglas de abstención y retirada rutinaria constituyen una forma muy eficaz de prevenir la corrupción; **iii)** son parte de la detección e investigación de la corrupción<sup>962</sup>, porque algunos instrumentos de estas políticas, como la declaración de ingresos o la declaración del patrimonio de la familia pueden ayudar mucho en la detección

---

hubiese reportado algún beneficio económico, como si no hubiese ocurrido así. Véase también nota al pie N°991 en la página 553.

<sup>959</sup> Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en Administración & Ciudadanía, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, 2006, Págs. 222-223.

<sup>960</sup> El «marco estructural» no sólo incluye el compromiso político y el liderazgo ético, sino también las estrategias y políticas diseñadas para evitar las grandes desigualdades, construir una confianza generalizada y universal, extender un capital social positivo y crear una democracia de alta calidad. Un marco estructural firme requiere ciertas condiciones constitucionales, porque una democracia de alta calidad adopta los principios de control popular e igualdad política. Estos principios se pueden dividir en cuatro dimensiones: 1) elecciones libres y limpias, 2) gobierno abierto, transparente y responsable, 3) derechos y libertades civiles y políticos garantizado; 4) una sociedad democrática, lo cual incluye la representatividad de los medios y su accesibilidad para diversos grupos sociales, la responsabilidad ante lo público de las empresas personales poderosas, el carácter democrático de la cultura política y del sistema de enseñanza.

<sup>961</sup> Los instrumentos de **prevención** que incluyen un marco legal efectivo, códigos de conducta factibles, un sistema eficiente de responsabilidades, un funcionariado que progrese por sus propios méritos y mecanismos de socialización profesional, especialmente en cuanto a valores éticos y democráticos en el sector público.

<sup>962</sup> Los **instrumentos de detección e investigación** incluyen un cuerpo coordinador que actúe como vigilante, líneas telefónicas para la denuncia confidencial, programas de protección de confidentes y una red efectiva de fiscales públicos, inspectores generales e interventores.

de prácticas corruptas; y, finalmente, **iv)** son parte de los instrumentos de penalización<sup>963</sup>, porque en algunos países existe un delito de conflicto de intereses, y en otros hay diversas sanciones contra la vulneración de las leyes y las normativas sobre el conflicto de intereses. Considera también Meseguer Yebra que la LCI representa un intento más de luchar contra la corrupción, esta vez desde la óptica administrativa, distinta de la tutela típica y tradicional que dispensa el orden penal mediante la tipificación de conductas consideradas delictivas<sup>964</sup>. Tal el caso de los arts. 439 y 441 del Código Penal que también buscan evitar el riesgo de lo que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos.

Con todo ello, que en el marco del orden jurídico español la «ley de conflicto de intereses» es una verdadera ley anticorrupción, es indiscutible. En efecto, **cuando un agente actúa no obstante encontrarse en una situación de conflicto de intereses, se da efectivamente aquella referida «forma atenuada de corrupción» pues si bien hay un riesgo de actuar en beneficio privado, ello no implica que necesariamente que ese beneficio privado se haya concretado, ni que tampoco se hubiera obtenido una ventaja patrimonial o dádiva.** Por otro lado, **cuando la LCI abre espacios para investigar el patrimonio de los gobernantes y altos cargos, asume un papel trascendente en la prevención, detección y castigo de cualquier clase de ilícito o irregularidad que haya provocado el incremento patrimonial no justificado, con total prescindencia –como se hizo notar– del hecho o modalidad del acto corrupto que fuera su casusa.** Subrayamos por ello una vez más que la llamada «Ley de conflicto de intereses» no sólo busca detectar, prevenir y castigar la intervención en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e

---

<sup>963</sup> **Instrumentos de penalización**, con leyes penales, sistemas disciplinarios, procedimientos de responsabilidad económica y sanciones administrativas.

<sup>964</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración, Ob. Cit., Pág. 43-44.

intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas<sup>965</sup> [forma atenuada de corrupción], sino también «prevenir, detectar y castigar» situaciones de incompatibilidades [puede haber violación a la dedicación exclusiva con la superposición de dos cargos públicos] y descubrir la existencia de enriquecimientos ilícitos en que pudieran verse comprometidos los Miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado [clásicos actos de corrupción]. En definitiva, de lo que se trata es de evitar con suficiente anticipación, que el puesto público ocupado por el gobernante o alto cargo se convierta en una «unidad de maximación»<sup>966</sup>.

### **1.3. Crítica al título de la ley**

Para nuestra «**presentación en sociedad**» de la LCI decidimos caracterizarla como un «instrumento para un Gobierno y Administración Pública responsable» y, fundamentalmente, como una «herramienta contra la corrupción». En suma, bajo ambos aspectos, lo que la norma pretende es ni más ni menos que volver vulnerable al gobernante y alto cargo, sometiendo algunos de sus «aspectos de su privacidad» al escrutinio tanto por parte del Estado como del resto de la ciudadanía. Va de suyo que de esta forma la LCI sacrifica parcialmente la privacidad del agente, sin consultar su voluntad, y que si así le limita uno de sus derechos fundamentales no es sino para permitir que se concreten aquellos controles democráticos imprescindibles en todo gobierno representativo. Ahora

---

<sup>965</sup> Tal como define su ámbito de aplicación objetivo (Véase Ley 5/2006, de 10 de abril, Artículo 4)

<sup>966</sup> La corrupción implica que un funcionario abusa de su autoridad para obtener un ingreso extra de lo público. De ahí que desde un enfoque económico, podamos concebir la corrupción como una utilización del cargo, como un negocio por parte del funcionario corrupto, utilización en la que el «empresario» busca maximizar los ingresos. El cargo, así pues, queda convertido en una «unidad de maximización».

bien, hecha esta presentación y caracterizada de este modo la LCI, la conclusión que se nos impone es que el título con que se la identifica no es cabal, por no ser, precisamente, ni completo, ni exacto.

**Ya Olías de Lima Gete advertía, al analizar la primera de las leyes de incompatibilidades del período constitucional, que la finalidad de la norma no se refiere sólo, ni siquiera principalmente, a los objetivos declarados o expresos que dice perseguir una normativa específica, sino a sus objetivos reales, a los que se producen u obtienen mediante la aplicación de sus preceptos. La coincidencia entre ambos, objetivos declarados y finalidad real, aunque deseable, no es obligada**<sup>967</sup>. Y esta situación de desacuerdo entre objetivos declarados y reales la constatamos también hoy en día en la LCI. Ni su título, ni los objetivos que ella declara responden con rigor a la finalidad real que persigue; finalidad que se deduce del estudio específico de su regulación, a la vista tanto de la articulación de sus preceptos como del contexto en el que se sitúa<sup>968</sup>, pero, fundamentalmente y tal como apuntamos, de su aplicación práctica. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la asignación del título de la ley es una interpretación del papel que ésta juega en el ordenamiento normativo. Ha de ser su «carta de presentación» por la que se facilita la identificación del objetivo o finalidad perseguida, de un modo tan escueto como cabal. Claro está que nunca habrá un buen título para un mal contenido. Difícil es titular un ley o reglamento cuando su contenido es heterogéneo, como sucede con las leyes paquete u onmibus bill, desordenadas y

---

<sup>967</sup> Olías de Lima Gete, Blanca, *La incompatibilidad de los altos cargos*, Ob. Cit., Pág. 130.

<sup>968</sup> Olías de Lima Gete presenta la diferencia entre «fundamentos» y «finalidad» de la norma. Según entiende cosa diferente de los fundamentos que justifican e inspiran un concreto sistema de incompatibilidades [ella menciona «fundamentos históricos» y «fundamentos teóricos» tales como: i) la defensa del interés público; ii) La dedicación al cargo y sus exigencias; y iii) Los principios de eficacia y economía] es la finalidad concreta que aquella puede perseguir, pues aunque no tiene que estar lejos de los fundamentos que justifican su regulación, admite la mediación de otros factores coyunturales (*La incompatibilidad de los altos cargos*, Ob. Cit., Pág. 130).

desfragmentadas por definición. Sin embargo, este no es el caso de la LCI que sí posee un contenido preciso y homogéneo. La precisión no es, ni mucho menos, directamente proporcional a la extensión del título. No se trata de que esta Ley 5/2006, ateniendo a una correcta técnica legislativa, debiera identificarse considerando sus tres principales mecanismos como de «Regulación de conflicto de intereses, incompatibilidad y declaraciones juradas de actividades y bienes de altos cargos y gobernantes». Lo que planteamos es que bajo el acotado distintivo de «Ley conflicto de intereses» se destaca sólo un aspecto, dejando fuera otros que tienen igual o mayor relevancia que aquél y que por tanto merecerían ser integrados al título de alguna manera. Habría bastado con hallar el hilo conductor o «eje vertebrador» de la norma para dar en el clavo. La cuestión es crucial pues, y esto no debiera olvidarse nunca, que la ley no se dirige sólo al jurista, sino al ciudadano<sup>969</sup>. Es más, en este caso no son otros que los ciudadanos los destinatarios privilegiados a los que la norma da paso para que participen de los controles democráticos operados sobre los altos cargos y gobernantes, un control que se ocupa del antes, durante y después de la función. Por lo tanto, si lo que se pretende es, reforzar los controles democráticos sobre los altos cargos, e incluso sobre su vínculo familiar más íntimo (algo de ello dice el Preámbulo), más que nunca el título diseñado para la Ley 5/2006 debería haber facilitado al hombre de a pie su identificación y explicarle en algo su contenido. Tenemos una ley que habla de los conflictos de intereses, del mecanismo de las incompatibilidades y del control

---

<sup>969</sup> Los ciudadanos son, normalmente, los destinatarios de las normas; normas que no en pocas ocasiones les afectan directamente. Por todo ello, el título de la ley, identificando con precisión su contenido, debe resultar fácilmente reconocible por los ciudadanos (y por los no expertos), y no sólo eso, sino que, además debe facilitar su conocimiento y cita. Por todo ello se significa que el título empleado, aun comprendiendo que responde al deseo de abarcar los distintos aspectos regulados, es susceptible de simplificación sin perder de vista el objetivo de la identificación de la norma que está llamado cumplir (Martín Moreno, José Luís; *Títulos de las leyes y homogeneidad*, Revista Española de la Función Consultiva, Núm. 6 (julio-diciembre 2006), Pág. 173. Se cita el dictamen 294/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía).

del patrimonio y actividades de los altos cargos. No obstante, su título no nos familiariza con esta última posibilidad de escrutar algo de la privacidad de estos cargos de elite. Lo que se silencia no es un dato menor, es nada más ni nada menos que la existencia de mecanismos de los más versátiles para prevenir y detectar otros actos de corrupción cometidos por altos cargos y gobernantes y, con ello, la invitación a la colectividad de cooperar en mantener la vigencia de principios constitucionales tan básicos como la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y hacer operativa la responsabilidad política y jurídica de sus gobernantes. Con todo ello, a nuestro criterio hubiera sido más adecuado identificarla como «Ley Anticorrupción» o «Ley de Probidad» de Gobernantes y altos cargos.

En lo que sigue del estudio de la LCI, no habremos de analizar en un paso a paso su articulado, sino estudiarla desde una especial perspectiva constitucional: cuánto la relacione con la protección o limitación del derecho fundamental a la intimidad. Siguiendo la línea argumental de este trabajo, si ya se han definido los alcances del derecho a la intimidad, el especial status jurídico de los altos cargos y se han evaluado, en términos generales, las restricciones que aquél derecho puede sufrir en sus casos, toca ahora entrar en lo más casuístico y hacer pasar a la Ley 5/2006 por el «juicio de proporcionalidad»; medir su eficacia o necesidad como herramienta contra las prácticas corruptas.





## 2. La regulación de los conflictos de intereses

El principio de actuación por excelencia de todo cargo público es la desvinculación del interés personal en el servicio del Estado. En otras palabras, quien asume un cargo público, toma para sí desde el momento mismo de su designación como «deber institucional» el compromiso de substraerse del interés privado. Esta «desvinculación» hace tan a la sustancia del ejercicio del poder que se dice, con razón, que un Estado que no beneficia a sus ciudadanos en términos políticos es ilegítimo. Y para alcanzar la satisfacción de la pluralidad de intereses corresponde al Estado la relevante tarea de arbitrar mecanismos que eviten los abusos del poder mediante la comisión de prácticas corruptas comenzando, precisamente, por la regulación de los «conflictos de intereses» entendidos como expresión atenuada de aquellas<sup>970</sup>. Pero más allá de que lo que se persigue, como primera línea de la prevención, es en sí reforzar la imagen de probidad que todo servidor público debe ofrecer [es decir, un «parecer» de cara a la ciudadanía, independientemente que se haga uso del poder en provecho propio], resulta palpable en sus distintas regulaciones el propósito de evitar el enriquecimiento ilícito de los agentes públicos. Como explica Susan Rose Ackerman los conflictos de intereses fueron endémicos en los primeros días de la república estadounidense. Los directores de sucursales de correos publicaban periódicos y se concedían su envío postal gratuito. Los recaudadores de impuestos sobre whisky poseían tabernas y no exigían ningún tipo de tasa a sus proveedores; algunos

---

<sup>970</sup> La importancia actual del tratamiento jurídico de los conflictos de intereses, por considerarlo uno de los mayores riesgos de corrupción en las actuales democracias fue incluso mencionado por el Consejo de Europa (Véase Consejo de Europa: 2006, *Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy*; Estrasburgo, 20 y 21 de noviembre de 2006).

funcionarios de aduanas eran comerciantes preeminentes<sup>971</sup>. Es por ello que para impedir que los cargos públicos se conviertan en una vía cívica de enriquecimiento fácil, los Estados necesitan incorporar un programa básico de conflictos de intereses donde se acentúe la presencia de la conducta ética y ésta se vea además apoyada por sanciones legales. En su opinión, normas básicas y simples de comportamiento constituyen el mejor punto de partida, especialmente si se desea evitar el mismo proceso de control en un nuevo semillero de corrupción<sup>972</sup>. Y, en efecto, evitar la expansión de la corrupción es uno de los propósitos que persigue la LCI que, de tal suerte, aparece como un claro avance en la lucha contra la venalidad de gobernantes y altos cargos. Téngase presente que hacia el año 2001 García Mexía, autor en el ámbito nacional del primer estudio monográfico sobre este tema, declaró que era su propósito el generar la atención en el seno de la sociedad española sobre esta «especie atenuada de corrupción»<sup>973</sup>. Y esta era su intención pues a su entender hasta entonces la doctrina no había resaltado suficientemente la virtualidad de los conflictos de interés como fuente de corrupción. Hoy en día, la situación es en algo distinta. Aunque fuerza es reconocer que en el ámbito nacional aún no se ha percibido suficientemente la importancia del fenómeno de «conflicto de intereses»<sup>974</sup>, el reconocimiento de este tipo de

---

<sup>971</sup> Rose-Ackerman, Rose, *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001, Pág. 104.

<sup>972</sup> Rose-Ackerman, Rose, *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001, Pág. 108.

<sup>973</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 34 y 63.

<sup>974</sup> En muchos contextos políticos, las normas que rigen las actividades financieras y los intereses económicos privados de los políticos han venido siendo tradicionalmente muy distendidas e imprecisas. Por lo general, se asumía que muchos políticos eran individuos con recursos independientes, y también se solía aceptar que muchos de ellos tenían íntimos vínculos con (y en algunos casos intereses financieros en) negocios privados y otras organizaciones extraparlamentarias. Los conflictos de interés reales o potenciales que se creaban con estos vínculos han constituido una abundante fuente de escándalos políticos desde finales del siglo XIX, pese a lo cual, sólo en época muy reciente se han aprobado en algunos contextos pautas claras y explícitas para regular las actividades económicas de los políticos y se les ha solicitado con

actividades desviadas es inatacable. De hecho ya no hay una «ley de incompatibilidades» de gobernantes, sino otra llamada de regulación de «conflicto de interés», término que estrenó la vigente Ley 5/2006 y gracias a la cual podemos hoy decir rotundamente que el ordenamiento jurídico español impone un deber de inhibición a los miembros del Gobierno o altos cargos frente a los asuntos que susciten este tipo de conflictos.

Uno de los primeros textos europeos en definir los «conflictos de intereses» fue la recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>975</sup> y que define que «un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas (art. 13.1)» Ya hacia el año 2004, la OCDE estableció que «un conflicto de intereses implica un conflicto entre deber público y el interés personal de un cargo público, en el que el interés personal del cargo público podría influir indebidamente en la realización de sus tareas y responsabilidades oficiales»<sup>976</sup>. Luego, a nivel nacional y respondiendo «fielmente a las directrices» de esta organización, el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la administración estableció como uno de los «principios éticos» a seguir por la elite de la Administración la regla que enuncia que «se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de interés con su puesto público», precisando que «se

---

firmeza (cuando no exigido) que declaren sus intereses económicos privados en un registro público. Algunos de los primeros intentos encaminados a desarrollar códigos de conducta para los funcionarios públicos con el fin de minimizar los conflictos de interés fueron más bien parciales y poco entusiastas, y en muchos casos se limitaban a simples sistemas voluntarios de autorregulación dotados de pocos mecanismos para garantizar su observancia. Algunas innovaciones más recientes –como los códigos y las prácticas adoptadas por la Cámara de los Comunes tras el informe del Comité Nolan– representan un claro paso adelante (Cfr. Thomson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 369)

<sup>975</sup> Council of Europe (2000), *Código modelo de conducta para los oficiales públicos*, Recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>976</sup> OECD, *Managing Conflicts of Interest in The Public Service*, París, 2004.

entiende por conflicto de interés cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas»<sup>977</sup>. Finalmente, la LCI hizo suya la definición redactada en el «Código de Buen Gobierno»<sup>978</sup>.

En lo que respecta a la doctrina nacional tan sólo García Mexía y Meseguer Yebra han dedicado un estudio monográfico a los «conflictos de intereses» de los altos cargos<sup>979</sup>. Según lo perfila el primero, un concepto de «conflicto de interés» podría conformarse con

---

<sup>977</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros del 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, Segundo Principio ético, Punto 3. Como explica Villoria Mendieta los sucesivos informes de los organismos internacionales como el GRECO de 2001 afirmaron que en España no había un código de conducta para la Administración pública. Debido a esto el Gobierno, cumpliendo su programa electoral y los consejos en este sentido de la OCDE, aprobó en febrero de 2005 el Código de Buen Gobierno (*Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, Ob. Cit., Pág. 236).

<sup>978</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 4 («Objeto»). Así es como España, junto con Portugal, se convierte en uno de los pocos países que recoge a nivel normativo una definición de conflicto de intereses. En Nueva Zelanda el concepto se modula, curiosamente, en función de la categoría del cargo ocupado, tendencia esta que sugiere en cierta forma la OCDE, que hace hincapié, asimismo, en la necesidad de una revisión continua de este concepto que permita la readaptación de la descripción de situaciones de conflicto a la evolución de contexto administrativo, político y social (Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Editorial Bosch S.A, Barcelona, 2007, Pág. 74). Concretamente, en lo que a España respecta y a la Administración General del Estado existen entre nosotros, con plena vigencia, tres textos relativamente recientes que frontalmente se dedican a los «conflictos de intereses». A saber: i) Acuerdo del Consejo de Ministros del 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; ii) Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del de la Administración General del Estado; y iii) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Como se dijo, el Código señala en sus Puntos Segundo.2 y .3 que el miembro del Gobierno o alto cargo ha de anteponer el interés general o común sobre sus intereses privados, debiendo «evitar los conflictos de intereses». Por su parte, la Ley 5/2006 establece que a sus efectos «hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas» (art. 4.1). Finalmente, conforme a la Ley 7/2007, los empleados públicos «se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público» (art. 53.5); y «no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público» (art. 53.6).

<sup>979</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001 y Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Editorial Bosch SA, Barcelona, 2007.

los siguientes elementos: **i)** Primero, un elemento subjetivo necesario: al menos un cargo o funcionario público; y un elemento subjetivo contingente: un tercero particular; **ii)** Segundo, un elemento prescriptivo, encarnado en el deber de servicio al interés general que acompaña a todo cargo o funcionario; **iii)** Tercero, un elemento material, constituido por el riesgo o –con arreglo a la jerga penalística– «peligro abstracto» de que, merced al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, «riesgo» que en sí mismo supone un quebranto al interés general, y **iv)** Cuarto, un elemento casual, representado por un ánimo de provecho privado, consistente en el lucro (pecuniario o en especie)<sup>980</sup>. Para Meseguer Yebra, y en esto coincide con García Mexía, en realidad el conflicto de intereses surge sin necesidad de que exista un comportamiento ilícito demostrado, en un momento previo, cuando el protagonista, el alto cargo, se enfrenta a una situación, aunque sea ficticia, en la que confluyen intereses controvertidos: por un lado, el interés público que debe presidir el ejercicio de las competencias inherentes al cargo que desempeña, con imparcialidad y objetividad, y, por otro, los suyos propios, –ya sean personales, familiares o de cualquier tipo– que puedan inducirle a apartarse de los deberes y obligaciones en el desempeño de sus responsabilidades públicas<sup>981</sup>. Quien se coloca en la «situación de riesgo» de actuar conforme un interés privado que entró en juego quiebra la legalidad vigente, además de lesionar la confianza daña la imagen de la administración. El alto cargo que de alguna forma interviene en la decisión de un tema en la que confluye el interés público con un interés privado suyo, o a él vinculado<sup>982</sup>, no mantiene una actuación

---

<sup>980</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 82. Téngase en cuenta que la definición propuesta por el autor es anterior a las recogidas por el ordenamiento jurídico español.

<sup>981</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 74.

<sup>982</sup> Nos referimos aquí al «interés indirecto» que también puede entrar en juego en las situaciones de conflicto. Como explica Villoria Mendieta, «La corrupción no es sólo el abuso ilegal del poder por parte de los cargos públicos en beneficio de un interés personal directo: la corrupción es también todo abuso del poder; y el interés personal implicado no es sólo directo sino también indirecto, esto es, podría beneficiar no sólo al cargo público, sino también al partido político que lo

respetuosa del interés general, tal como el orden jurídico español entiende que éste debe ser protegido o respetado. Por tanto, estimamos que asiste razón a García Mexía cuando afirma que el cargo que asuma ese riesgo habrá incurrido en un abuso de sus competencias, y, por tanto, en un abuso de poder. En su impecable argumentación, razona que el cargo o funcionario público, ligado en cuanto tal por un deber de servicio al interés general, tiene una doble opción a la hora de ejercer sus competencias: bien respetar dicho deber, en cuyo caso habrá hecho un uso correcto de las mismas; bien quebrantarlo, al asumir el riesgo de subordinar el interés general a intereses diversos de los que las justifican. Incurrir en este tipo de riesgo supone de por sí un quebrantamiento al interés general, al ser un peligro abstracto lo que el ordenamiento trata de evitar<sup>983</sup>. Merced a todo lo anterior, tenemos que **cuando un gobernante o alto cargo actúa no obstante encontrarse en una situación de «conflicto de interés» está violando aquel deber institucional que exige actuar ofreciendo una «imagen» de auténtico y fiel servidor público<sup>984</sup>, y, con ello el deber institucional de comportarse como un servidor ético<sup>985</sup>, con independencia de que efectivamente tuviera la intención de actuar para conseguir un interés particular<sup>986</sup>.**

---

nombró» (*Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en Administración & Ciudadanía, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, Pág. 220).

<sup>983</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 91.

<sup>984</sup> Véase en la página 315 y ss.

<sup>985</sup> Véase en la página 331 y ss.

<sup>986</sup> En lo que respecta al «interés particular» hay opiniones encontradas. A quien sostiene un concepto restringido. García Mexía identifica el interés particular perseguido por el alto cargo corrupto con el beneficio económico, con lo que quizá resulte más preciso aún, el ánimo de lucro, pecuniario o en especie (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 95). Un concepto ya amplio lo maneja la referida recomendación núm. R (2000) 10, dirigida a los Estados miembros, acerca de «códigos de conducta para los agentes públicos» cuando consagra que la noción de conflicto de intereses se abre incluso a aspectos en general «personales» del agente público. Dice así: «El interés personal del agente público engloba toda ventaja para sí mismo/a o a favor de su familia, amigos y personas allegadas, o de personas u organizaciones con las que tenga o haya tenido relaciones de negocios o políticas. Engloba igualmente toda obligación financiera o civil a la que el agente público esté sujeto (art. 13.2). La crítica a esta clase de definiciones es que encierran

Cuando se actúa no obstante encontrarse en una situación de conflicto, no hay en rigor un quiebre en el interés general, sino un quiebre a la imagen de servir a ese interés. En consecuencia, vemos como la regulación de los conflictos de intereses **actúa en el campo de lo estético**, es decir, de lo relativo a la percepción. Lo anticipa así —ya se señaló— la LCI cuando asume como uno de sus objetivos el «*reforzar la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos*»<sup>987</sup> y este aspecto del instituto es destacado por la doctrina<sup>988</sup>. Subyace a la protección de la imagen un imperativo claro que impone a los altos cargos —sin duda— que estén tan libres de sospecha como de culpa. Así lo interpreta el excelente dictamen del Consejo Consultivo de Galicia, también citado por alguna doctrina<sup>989</sup>, cuando sostiene «esa nota de efecto preventivo de la normativa en continua referencia, pretende potenciar **el factor de apariencia** (...), ya que la regulación de los conflictos de interés intenta explícitamente conseguir que esa anticipación en la definición de —clima de integridad vigente en la adopción de decisiones públicas se perciba, con ostensibilidad, por la sociedad civil, con el fin de garantizar que a los ojos de esta *e ictu oculi*, resulte evidente el predominio del interés público sobre en el interés particular, lo que no equivale a deducir, sino en una interpretación desviada, una evaluación peyorativa de la legitimidad de los intereses privados (...) Una idea esencial debe presidir, pues, toda

---

nociones tan amplias, que dificultan el control, o impiden el deslinde frente a conductas como el nepotismo; y que a la vez se solaparían con las normas sobre abstención y recusación.

<sup>987</sup> Dice en su Preámbulo: «En el Título II, y cumpliendo lo acordado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 23 de abril de 2002, se establece un nuevo régimen de prevención de situaciones de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado en el que, a partir de la vigente Ley 12/1995, de 11 de mayo, se introducen las modificaciones necesarias para suplir las deficiencias, e incluso lagunas legales, que con el paso del tiempo se han venido detectando, y **se refuerza la imagen** que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos».

<sup>988</sup> Meseguer Yebra destaca que la finalidad preventiva, a la que alude el art. 4.2 de la Ley 5/2006, y no sólo prescriptiva de esta normativa, impone la reacción ante cualquier eventual situación de riesgo objetivado y no simplemente vagamente especulado, que comprometa los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad, o discriminación y prevalencia de la atención del interés público. De ahí que destaque la importancia del reconocimiento del «factor de la apariencia» (Ob. Cit., Pág. 50).

<sup>989</sup> Dictamen Núm. 121/2001, de 8 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia. Es también citado por Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de Conflictos de Interés...*, Ob. Cit., Pág. 50.

reglamentación de la ética pública: el llamado factor de la apariencia; efectivamente, la regulación ideal de los conflictos de interés no sólo habría de tratar de evitar que se produzcan groseras oportunidades para la efectivización de influencias personales o uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular sino que, preventivamente, el designio normativo sería el de obviar situaciones proclives a emplazar el alto cargo o funcionario público en la tesitura de tener que realizar un esfuerzo singular de sacrificar su interés particular frente al general, a la hora de adoptar una determinada decisión (...) en una consideración teórica, sería nota característica de toda normativa aplicable, en sede de incompatibilidades, el recogimiento permanente de una eventual situación de riesgo objetivado y no vagamente especulado, del compromiso de los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad, o discriminación o prevalencia de la atención del interés público».

Ahora bien, si concedemos –tal como lo venimos haciendo<sup>990</sup>– que actuar cuando hay una situación de «conflicto de interés» es una forma atenuada de corrupción, toca preguntarnos aquí si el dar lugar a la apariencia de un conflicto de intereses es también una forma de atenuada de corrupción o, lo que prácticamente se le iguala, si ser corrupto equivale a parecer corrupto.

Para empezar, hay que matizar que el desvalor que conlleva actuar no obstante encontrarse en una situación de conflicto de interés, no se iguala al que le corresponde a un comportamiento abiertamente corrupto, en el que hay un precio de venta pactado por el acto funcional. Si el agente concreta el interés privado que confluye con el público estará haciendo una instrumentalización de su cargo. Su servicio público será para él, ni más ni menos, que una «unidad de maximización». No obstante, una y otra acción son

---

<sup>990</sup> Véase en la página 539.



reprochables. Y ello se debe a que ya el sólo hecho de actuar en una situación de conflicto implica asumir un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico. Este **«riesgo no permitido»** consiste en **deteriorar la imagen de las instituciones, en este caso, la de la Administración**. Por ello, aunque afirmemos que se trata de una forma «atenuada» de corrupción, su impacto negativo no deja de ser grave<sup>991</sup>. Ciertamente que el desvalor del acto corrupto venal y del conflicto sin concreción del interés privado es distinto, pero ambas conductas son formas de corrupción. El conflicto lo es como violación al deber institucional de ofrecer una imagen de servidor público y, por ello, si bien las conductas no se igualan en entidad del reproche, sí se emparentan en que lo merecen por el daño que provocan, aunque se trate en uno de los casos de una lesión a la imagen institucional<sup>992</sup>. En

---

<sup>991</sup> Es más, para la Oficina Anticorrupción de la República Argentina, los «conflictos de intereses e incompatibilidades» son **faltas a la ética que revisten menor gravedad que los delitos de corrupción**. No obstante, según las circunstancias, pueden tener un mayor impacto en el deterioro de las instituciones de la República, especialmente las situaciones de conflicto de intereses (Cfr. Oficina anticorrupción -República Argentina-, *Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública–*, 2ª edición actualizada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004, Pág. 18-19).

<sup>992</sup> Pareciera que la opinión en contrario la postula Manuel Villoria Mendieta cuando advierte que hay que diferenciar la corrupción de los conflictos de intereses y de las incompatibilidades al afirmar que «el conflicto es un prerrequisito para la corrupción, pero no tiene por qué acabar en ella» (*La corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 57). No obstante, al leer sus argumentos vemos que habla de la situación de conflicto existente, diferenciando el caso en que no se actúa (no hay corrupción) y el que se actúa. Por lo cual llega a la misma conclusión que la exponemos en el trabajo y que es que cuando se actúa no obstante existir una situación de conflicto, hay ya un acto de corrupción. Al respecto afirma: «El conflicto puede ser aparente, pueden darse pero no se dan los conflictos. O puede ser potencial, podría haber conflicto en el futuro si el funcionario asumiera ciertas responsabilidades. Pero para que exista corrupción el conflicto tiene que ser real y la actuación del responsable público tiene que desembocar en una decisión o inacción en la que prime el interés privado sobre el público. Por todo, ello, nuevamente, surgen tres posibilidades: a) supuestos de conflicto de interés sin corrupción. Por ejemplo, un responsable público que tiene que tomar una decisión en la que están afectados familiares directos pide abstenerse de resolver, dado el conflicto; b) supuestos de corrupción donde el conflicto de intereses es un ingrediente claro del resultado final; por ejemplo, un consejero autonómico interviene en las actividades de su gobierno para que se regule a favor de una empresa propiedad de su esposa; c) casos de corrupción en los que no hay indicios de conflicto de interés; por ejemplo, un agente electoral de un partido compra el voto a unos campesinos a cambio de unos pesos. Dicho esto, a pesar de las diferencias, es obvio que cualquier país que quiera luchar contra la corrupción debe tener una legislación de conflictos de interés e incompatibilidades avanzada y rigurosa, que impida los conflictos de interés reales, posibles e, incluso, aparente» (Págs. 57 a 58). «En conclusión, aunque el conflicto de intereses y la corrupción sean nociones diferentes, parece apropiado que las políticas que se ocupan de la primera sean parte de una política o una estrategia más amplias para prevenir la corrupción y combatirla» (Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, Ob. Cit., Pág. 224). Como vimos, también para García Mexía, y ésta es la principal tesis de su obra, en España, como en los EEUU, los conflictos de intereses son fruto de conductas –

este específico caso de los «conflictos de intereses», efectivamente «parecer» corrupto es ya un acto de corrupción.

---

sutiles refinadas si se quiere– contemporáneas de corrupción» (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* Ob. Cit. Pág. 78).

### **3. Las técnicas de control de la Ley 5/2006 sobre cuestiones privadas de los altos cargos**

Como se afirmó, la LCI asume como objetivo el reforzar los controles democráticos sobre gobernantes y altos cargos. Para lograr semejante escrutinio se vale de una serie de técnicas o mecanismos que exhiben al menos dos notas comunes. En primer término, tienden a prevenir y detectar no sólo las situaciones de conflicto de intereses, sino también otro tipo de actos corruptos. En segundo lugar, y este será el aspecto que preeminentemente importa a nuestro trabajo, la puesta en marcha de los controles que subyacen a cada una de éstas técnicas provocará no sólo injerencias en la intimidad o privacidad de los sujetos llamados a soportar el escrutinio, sino también en la de su vínculo familiar más íntimo. De tal suerte, la LCI produce una conversión de lo privado en lo público, justificada –como llegaremos a acreditar– en pos de alcanzar o garantizar fines constitucionalmente legítimos<sup>993</sup>. Como resultado de esta operación de **«conversión» legislativa, tendremos que los asuntos sobre los que operan los controles, y que materialmente merecerían considerarse en principio como «privados» o «íntimos», pasarán a ser calificados en nuestro orden jurídico como cuestiones privadas con trascendencia pública o de interés público o, recurriendo a la elipsis, asuntos públicos**. Para llevar a cabo el escrutinio sobre la vida privada de los altos cargos y su familia, la LCI se vale de tres técnicas: **i) Sistema de incompatibilidad; ii) Sistema de fideicomiso ciego; iii) Sistema de declaratividad**<sup>994</sup>. Veamos:

---

<sup>993</sup> Sobre esta conversión de *lo privado* en *lo público* véase en la página 186 y ss.

<sup>994</sup> Estas técnicas son solo algunos de los instrumentos reconocidos como más importantes para prevenir y evitar los conflictos de intereses. Con estos fines, Villoria Mendieta reconoce los siguientes: i) Limitaciones sobre el empleo complementario; ii) Declaración de los ingresos personales; iii) Declaración de los ingresos familiares, iv) Declaración del patrimonio personal; v) Declaración del patrimonio familiares; vi) Declaración de los obsequios; vii) Seguridad y control

### 3.1. El sistema de incompatibilidades

Tal como lo presenta la propia LCI, el «régimen de incompatibilidades» opera como una técnica de control de los «conflictos de intereses»<sup>995</sup>. Sin embargo, se demostrará que más allá de lo que el texto de la ley exprese, lo cierto es que el sistema de incompatibilidades opera con fines adicionales a la vigilancia de situaciones de intereses controvertidos<sup>996</sup>. Para concretar su control, el sistema se vale de la instauración de cuatro prohibiciones: i) deber de inhibición en procedimientos conflictivos<sup>997</sup>; ii) prohibición de segundas actividades<sup>998</sup>; iii) prohibición retributiva<sup>999</sup>; y, finalmente, iv) interdicción legal de poseer<sup>1000</sup>.

---

en el acceso a información interna; viii) Declaración de intereses personales relevantes para la gestión de las contrataciones; ix) Declaración de intereses personales relevantes para la toma de decisiones; x) Declaración de intereses personales relevantes para la participación en la preparación o prestación de asesoramiento sobre políticas; xi) Publicación de las declaraciones de ingresos y patrimonio; xii) Limitaciones y control de los negocios posteriores al empleo o actividades en ONG; xiii) Limitaciones y control sobre los obsequios y otras formas de beneficio; xiv) Limitaciones y control de los compromisos externos simultáneos (por ejemplo, una ONG, una organización política, una compañía propiedad del gobierno); xv) Abstención (retirada rutinaria de las tareas públicas cuando los cargos públicos entienden que participar en una reunión o tomar una decisión los pondría en una situación de conflicto); xvi) Restricciones personales y familiares sobre los títulos de propiedad de empresas personales; xvii) Enajenación, por venta o por el establecimiento de un fondo de inversiones o acuerdos de gestión «ciega».

<sup>995</sup> Distinto enfoque se da al sistema de incompatibilidades cuando se afirma que frecuentemente se suelen confundir los casos de conflicto de intereses con los de incompatibilidades; no obstante, técnicamente son situaciones muy distintas. Mientras los conflictos de intereses son situaciones que afectan la objetividad e imparcialidad del funcionario, las incompatibilidades son situaciones en que una persona ejerce un cargo público en simultaneidad con otro empleo o actividad remunerada. Ya sea pública o privada. Para evitar estas situaciones, los regímenes de acceso a la función pública contienen una serie de limitaciones a la acumulación de cargos, la percepción de beneficios previsionales e inclusive restricciones a la asignación en ciertos cargos conocidas como «inhabilidades». Así, a partir de la información vertida por el funcionario en su declaración jurada, también es posible controlar que no haya transgredido una incompatibilidad para el ejercicio del cargo». Oficina anticorrupción (República Argentina) Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública–, Ob. Cit., Pág. 21.

<sup>996</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 141.

<sup>997</sup> Art. 4, Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>998</sup> Arts. 5, 9 y 11 de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>999</sup> Art. 5 de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>1000</sup> Art. 6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

El «deber de inhibición de intervenir en procesos conflictivos», es decir, el de no tomar parte en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses del puesto público e intereses privados, propios, de familiares directos o intereses compartidos con terceras personas, se infiere del art. 4 de la LCI que define qué se entiende por una situación de conflicto de intereses, para luego pasar a regular instrumentos para su prevención y resolución.

La «prohibición de segundas actividades» se plasma en el rotundo principio general de «dedicación exclusiva al cargo» formulado en el art. 5. Se traduce en una incompatibilidad total de realizar cualquier otra actividad pública o privada, excepto las permitidas *ex lege* en los arts. 9 y 10<sup>1001</sup> y la también permitida por el art. 70.1 de la CE, única

---

<sup>1001</sup> El artículo 5 («Dedicación exclusiva al cargo público») establece: «Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones señaladas en los artículos 9 y 10». El art. 9 Artículo («Compatibilidad con actividades públicas») dispone: 1) El ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas: a) El desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquéllos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición; b) El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales; c) El desempeño de la presidencia de las sociedades a que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público. No se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración de dichos organismos, empresas, sociedades o entidades salvo que lo autorice el Consejo de Ministros. Será precisa también esta autorización para permitir a un alto cargo de los incluidos en este Título ejercer la presidencia de las sociedades a que se refiere el párrafo anterior. En los supuestos previstos en los párrafos anteriores los altos cargos no podrán percibir remuneración alguna con excepción de las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente. Las cantidades devengadas por cualquier concepto que no deban ser percibidas serán ingresadas directamente por el organismo, ente o empresa en el Tesoro Público. 2) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado podrán compatibilizar su actividad con la de Diputado o Senador de las Cortes Generales en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Finalmente, el Art 10 («Compatibilidad con actividades privadas») regula: El ejercicio de un puesto de alto cargo será compatible con las siguientes actividades privadas, siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de la jerarquía administrativa: a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en el artículo 6 de la presente Ley; b) Las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como

disposición constitucional que hace referencia a los altos cargos y que marca una diferencia entre estos y los miembros del Gobierno<sup>1002</sup>. El enunciado del art. 5 LCI pretende agotar todas las posibilidades imaginables de segundas actividades al margen del cargo público, por razón de la modalidad [puesto, cargo, representación, profesión o actividad], naturaleza [pública o privada] y autonomía [por cuenta propia o ajena]. Por ello, es lógico afirmar que si alguna hipótesis se escapa al dictado legal no ha sido tal la intención del legislador y que, en consecuencia, cualquier interpretación que demos al precepto debe ser restrictiva<sup>1003</sup>. De este modo es como el artículo 5 de la LCI desarrolla el art. 98.3 de la CE en cuanto establece que «Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna»<sup>1004</sup>. En el mismo precepto se establece la «prohibición remunerativa» consiste en una incompatibilidad que radica en la percepción de dos o más sueldos públicos o privados. Para Meseguer Yebra y Jiménez Asensio el objeto de este referido artículo 5 es garantizar

---

ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes; c) La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o fundaciones siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación superior a la autorizada por el artículo 3.5 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que regula el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

<sup>1002</sup> El art. 70.1 de la CE establece: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán en todo caso... b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno (...)

<sup>1003</sup> Afirma Meseguer Yebra que la «interpretación restrictiva» ha de ser la norma general en la labor hermenéutica del régimen de incompatibilidades (*Régimen de conflicto de intereses...*, Ob. Cit., Pág. 112). También ha de tenerse en cuenta que tal como indica el Preámbulo de la LCI, la consagración exclusiva del alto cargo a su puesto público restringe *todas* las actividades que puedan perturbar o incidir en el desempeño de las funciones públicas.

<sup>1004</sup> Recordamos que cuando se hace referencia a los miembros del Gobierno, nos remitimos al art. 98.1 CE que establece que «el Gobierno se compone del Presidente, de los vicepresidentes, en su caso, los Ministros y de los demás miembros que la ley establezca».

que la actuación del alto cargo será totalmente independiente de cualquier tipo de intereses que no sean los inherentes a su cargo<sup>1005</sup>. Pero, como anticipamos, cuando se trata de las incompatibilidades con otras actividades públicas, no sólo se estará pensando en defender la imparcialidad, sino también en garantizar la eficacia, principio sancionado por la Constitución y también llamado a presidir la organización y actividad de la Administración pública<sup>1006</sup>. En efecto, la STC 178/1989 apuntó la ligazón existente entre el régimen de incompatibilidades y principio de eficacia, afirmando que la fundamentación constitucional del régimen legal de incompatibilidades no se encuentra sólo en el artículo 103.3 de la Carta Fundamental, sino también en el 103.1 del mismo texto, donde se recoge expresamente el principio de eficacia<sup>1007</sup>. Jiménez Asensio hace oír su voz crítica al respecto al puntualizar que, sin perjuicio de que lo que sostiene el Tribunal Constitucional sea realmente así, no es menos cierto que, en el caso de los altos cargos, el sistema diseñado con la discrecionalidad en la provisión y marginación completa del sistema de mérito, no abunda precisamente en la idea de eficacia, sino en la difuminación de ésta como consecuencia del principio de libre nombramiento<sup>1008</sup>. Rechazando esta postura aparece Meseguer Yebra para quien que el legislador persiga, en definitiva, la dedicación exclusiva a la función pública por parte de los empleados públicos no es una finalidad ajena a la exigencia de profesionalidad de estos servidores, exigencia conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la

---

<sup>1005</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 111; Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España–*, Ob. Cit., Pág. 165-166.

<sup>1006</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 111.

<sup>1007</sup> En el caso, el Tribunal Constitucional abordó, en concreto, el establecimiento del denominado principio de «incompatibilidad económica» o de dedicación a un solo puesto de trabajo y concluyó que «no vulnera en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente a la garantía de la imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar «de acuerdo con él» (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3).

<sup>1008</sup> Jiménez Asensio, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos...*, Ob. Cit., Pág.166.

Administración de la que forman parte los altos cargos, al menos aquellos que no forman parte del Gobierno, e incluso éstos en su doble condición político-administrativa. La normativa estatal parte del principio general de que la dedicación de los altos cargos a la Administración, debe ser completa y, en consecuencia, restringe el campo de actuación de éstos en cualquier actividad pública o privada que pueda colisionar con tal principio<sup>1009</sup>. Distinto enfoque es el que presenta García Mexía. El autor busca fundamentos específicos en el caso de los políticos y, como era de esperar, concluye que ello obedece a su especial status. Para el autor el fundamento constitucional de la técnica de la incompatibilidad debe encontrarse en la separación de funciones y la búsqueda de objetivos propios, así como en el pluralismo político, la defensa y promoción de la libertad, la justicia y la igualdad, y la transparencia pública en la gestión; principios a los que sí habría que agregar los aplicables a todo servidor de la Administración: dedicación, eficacia e imparcialidad<sup>1010</sup>. Es acertada, por cierto, la precisión para el caso de los políticos que propone García Mexía, pero lo que tampoco se nos puede escapar es que procede también discriminar la finalidad de la

---

<sup>1009</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 112.

<sup>1010</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pág. 124. También se señala la disimilitud entre los regímenes de incompatibilidades privadas aplicables a los Miembros del Gobierno y altos cargo de la Administración General del Estado y, por otro lado, a los miembros de las Cortes Generales –art. 159 de la LOREG–. La Ley de conflictos añade al principio de incompatibilidad absoluta dos instrumentos de regulación de los conflictos de intereses de un alcance muy general: el deber de inhibición ante procedimientos conflictivos y la prohibición de mantener participaciones en empresas contratistas con el sector público; sobre esas bases se limita a establecer las excepciones para lo que cabe calificar como un muy severo régimen de incompatibilidad entre el desempeño de un puesto en el Gobierno, o de un alto cargo en la Administración General del Estado, y el de una actividad privada (y de sus oportunas retribuciones). La Ley Electoral, por el contrario, yuxtapone al señalado principio de incompatibilidad absoluta la enumeración de una serie de supuestos de actividades privadas «en todo caso» incompatibles con la ocupación del escaño parlamentario, supuestos que además perfila con esmerada singularidad; en la práctica totalidad de los casos, se trata de actividades ligadas a empresas o a contratos de naturaleza pública; por ello es fácil deducir que nuestra legislación otorga al Diputado o Senador español un muy amplio margen de maniobra para el ejercicio de actividades privadas, si se compara con la rígida incompatibilidad privada vigente para los miembros del Gobierno y altos cargos, para quienes el desempeño de sus puestos resulta muy difícilmente compatible con el desarrollo de actividades privadas.



incompatibilidad en el caso de que recaiga sobre actividades privadas o públicas. En el caso de la «incompatibilidad pública» el objetivo es preservar la independencia del cargo político con otros poderes públicos, a diferencia de la «incompatibilidad privada» que busca evitar situaciones de conflictos de intereses, es decir, situaciones en las que confluye el interés público con otro privado.

Resta referir que el artículo 6 de la LCI, que establece la cuarta «prohibición» que enunciamos, contiene una peculiar incompatibilidad puesto que describe un supuesto que no consiste en la realización de una actividad sino en la posesión de un haber, específicamente de un bien<sup>1011</sup>. De todos modos, en la misma línea del artículo 5, se trata de un supuesto en que la norma propende a asegurar, merced una importante restricción en los derechos del agente, la debida «subversión hacia lo público»<sup>1012</sup>, esto es que las manifestaciones concretas del poder estatal no responderán a las especulaciones o beneficios particulares, ya que la configuración de aquel patrimonio privado, compuesto por participaciones en empresas vinculadas al sector estatal, harían sospechar que el obrar del agente podría obedecer a la consecución de intereses particulares.

### **3.2. El sistema de control y gestión de activos y valores financieros**

Una de las destacadas novedades que trae consigo la LCI es el haber erigido el instituto de «control y gestión de activos y valores financieros» como herramienta de prevención de conflicto de intereses. Con ello lo que básicamente se hace es reemplazar un control por otro. El alto cargo tendrá prohibido el control de su patrimonio financiero de

---

<sup>1011</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 118.

<sup>1012</sup> Véase en la página 272. Allí se sostiene que en los gentes que han asumido la gestión del poder político estatal existe la singular obligación de subvertir sus valores personales.

dimensiones conflictivas que deberá encomendarlo a un tercero con el que estará incomunicado. Se trata de una versión española del llamado *blind trust* o fideicomiso ciego, una institución muy característica de la legislación estadounidense en la materia. En este caso, la norma obliga a celebrar el contrato de encomienda de gestión y administración a aquellas personas incluidas en su ámbito de aplicación que ostenten «competencias reguladoras, de supervisión o control sobre sociedades mercantiles, que emitan valores y otros activos financieros negociables en un mercado organizado», en relación con aquellos de que sean titulares tales personas, sus cónyuges no separados legalmente o sus hijos menores de edad no emancipados. No todos los altos cargos incluidos en el ámbito de aplicación de la «ley de conflictos» han de proceder a la celebración de este contrato, sino únicamente los que en razón al muy particular riesgo de conflicto de intereses que pueden suponer sus competencias de regulación o supervisión sobre sociedades mercantiles. Esta modalidad de control supone la necesidad de que las personas incluidas en el mencionado ámbito subjetivo encomienden contractualmente la gestión y administración de tales valores o activos a una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El elemento nuclear de este tipo de contratos es lo que se dio en llamar la ceguera del contrato, es decir, el aislamiento del gestor respecto de toda instrucción que pudiera emanar de los interesados: en la «incomunicación» del gestor. Y la «Ley de conflicto de intereses» conceptúa tal «ceguera» como la necesidad de que el gestor que administre el patrimonio sometido al contrato con exclusiva sujeción a las directrices generales de rentabilidad y riesgo en él establecidas, sin poder recabar ni recibir instrucciones de inversión de los interesados. Tampoco podrá revelársele la composición de sus inversiones.

### **3.3. El sistema de declaratividad de actividades y bienes**

El sistema por el que se impone a los servidores públicos la exigencia de formular declaraciones juradas de sus actividades económicas y de la integridad de sus patrimonios privados, en términos muy amplios, puede caracterizarse como un «mecanismo de control que contribuye a proteger los intereses públicos». En busca de ofrecer mayor precisión, se lo definió como una «técnica de control y prevención de conflictos de intereses». Sin embargo, en este trabajo se le reconoce una operatividad más extendida y, por tanto, se lo singulariza como una **«técnica de control de actos de corrupción»**<sup>1013</sup>. La razón la hemos venido argumentando desde que propusimos también hacer un amplio enfoque de la norma que lo contiene. Dijimos que la LCI, precisamente merced este sistema de declaraciones de actividades y bienes, tiene virtualidad suficiente no sólo como para prevenir y detectar situaciones de conflicto entre el interés público y los intereses privados de los altos cargos, sino también como también para detectar aquellos casos donde se presente como aparente un enriquecimiento indebido del agente<sup>1014</sup>. El sistema de declaratividad concede la posibilidad de intervenir en aquellas situaciones para despejar dudas o, si el supuesto lo amerita, adoptar las acciones pertinentes para investigar los concretos actos que dieron lugar al ilegítimo acrecentamiento patrimonial y punir esas conductas. Por ello, y para dar más precisión a la definición recomendada, **es importante destacar un aspecto prácticamente obviado por la doctrina: el sistema de declaratividad no sólo reconoce un fin preventivo, aunque fuera este el fin más rentable. De hecho, puede que de ser bien utilizado, su mejor logro sea la detección**

---

<sup>1013</sup> De hecho García Mexía ordena su trabajo bajo los títulos: «La incompatibilidad como técnica de control de los conflictos de intereses» (Pág. 141 y ss.) y «Las declaraciones de intereses como técnica de prevención de conflicto de intereses» (Pág. 181 y ss.) (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit.).

<sup>1014</sup> Véase en la página 539.

de aquellas prácticas corruptas en las que han existido uno o sucesivos precios de venta por los actos de función<sup>1015</sup>. Fundamentalmente se utiliza se explica ante la especial fenomenología de los hechos de corrupción, en los que aún los mayores esfuerzos de la justicia suelen fracasar en el intento de desentrañar los acuerdos venales de los agentes públicos infieles. Y precisamente por ello es que, no sólo no encontramos objeción, sino que pensamos en la conveniencia de que sean también exigidas declaraciones juradas de bienes a los restantes servidores con manejo de poder discrecional, sin perjuicio de la jerarquía, aunque siempre evaluando la proporcionalidad entre el riesgo de corrupción del cargo y la intensidad del recorte a la privacidad. Por cierto, no es esta la postura del ordenamiento jurídico español que excluye de todo deber de formular declaraciones tanto a los miembros del poder judicial, como a los de otros órganos constitucionales distintos del Gobierno y Cortes Generales<sup>1016</sup>. **El alcance subjetivo del deber de declarar en el**

---

<sup>1015</sup> Valorando la trascendencia de la evaluación cotidiana del patrimonio de los agentes públicos, Asencio Mellado propone la tipificación en el ámbito español del delito de enriquecimiento ilícito. Para ello sostiene: «el legislador, consciente de la insuficiencia de atender al fenómeno de la conducta ilícita, de muy difícil prueba y acreditación y que, dada la amplitud de la normativa, especialmente la que regula la disciplina urbanística, tiene en muchas ocasiones apariencia de legalidad, ha comenzado a tomar conciencia de la necesidad de acudir, para probar la ilicitud de una decisión aparentemente legal, pero que afecta a los intereses generales, a la acreditación del efecto de tales conductas en el patrimonio del sospechoso o de terceros que pudieran haber intervenido en el hecho. Este es un paso tan ineludible que negar su necesidad significa, sencillamente, colaborar indirectamente con la corrupción, protegerla o tolerarla, cuando no levantar sospechas, ante tal conducta pasiva, acerca de posibles intereses cuyo origen estaría en una, muchas veces aludida, financiación ilegal de partidos políticos (...) Porque a nadie se le oculta que la aparición de bienes en el patrimonio del funcionario público, bien los que están bajo su titularidad o bien bajo la de terceros, personas físicas o jurídicas fraudulentas, constituyen la única vía para reprimir la corrupción política, habiéndose desatendido, a pesar de los múltiples referentes existentes, en el derecho comparado, un medio tan simple y eficaz» (Asencio Mellado, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, La Ley 5554/2010, doctrina que forma parte del libro «Estado de derecho frente a la corrupción urbanística», Edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, 2007).

<sup>1016</sup> En cuanto al **Poder Legislativo** en virtud de la Ley Electoral, los Diputados y Senadores habrán de formular declaración sobre causas de incompatibilidad y actividades que proporcionen ingresos económicos, así como bienes patrimoniales (art. 160 de la Ley 5/1992, de 19 de junio, Ley Orgánica del régimen electoral general, modificada por la Ley Orgánica 7/2011, que ha entrado en vigencia el 8 de septiembre de 2011). Actualmente tres son las fuentes del régimen de declaraciones aplicables a los Diputados y Senadores: **1)** la legislación electoral (art... 160 LOREG); que en su redacción actual dice: Artículo 160. Establece: 1) Los Diputados y Senadores, con arreglo a las determinaciones de los respectivos Reglamentos de las Cámaras, están obligados a **formular declaración de todas las actividades** que puedan

**ordenamiento jurídico español es muy restringido**<sup>1017</sup>. Se limita a los «cargos políticos» en lo que corresponde a la Administración General del Estado, es decir, miembros del Gobierno y altos cargos. El deber aparece también para los miembros de las Cortes Generales. Quedan excluidos de este particular recurso de control los miembros del Poder

---

constituir causa de incompatibilidad conforme a lo establecido en esta Ley Orgánica y de cualesquiera otras actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, **así como de sus bienes patrimoniales**, tanto al adquirir como al perder su condición de parlamentarios, así como cuando modifiquen sus circunstancias; 2) Las declaraciones sobre actividades y bienes se formularán por separado conforme a los modelos que aprobarán las Mesas de ambas Cámaras en reunión conjunta y se inscribirán en un **Registro de Intereses**, constituido en cada una de las propias Cámaras bajo la dependencia directa de sus respectivos Presidentes, a los efectos del presente artículo y a los que determinen los Reglamentos de las mismas Cámaras. La declaración de actividades incluirá: a) Cualesquiera actividades que se ejercieren y que puedan constituir causa de incompatibilidad, conforme al número 2 del artículo 159; b) Las que, con arreglo a la Ley, puedan ser de ejercicio compatible; c) En general, cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos. **El contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público**. Las Mesas de las Cámaras, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, acordarán el procedimiento para asegurar la publicidad. La instrucción y la resolución de todos los procedimientos relativos al Registro de Intereses y a las actividades de los Diputados y Senadores, salvo lo previsto en los restantes apartados de este artículo y en el artículo 159.3 c) corresponderá al Presidente de cada Cámara; 3). El Pleno de la Cámara resolverá sobre la posible incompatibilidad, a propuesta de la Comisión correspondiente, que deberá ser motivada y, en el supuesto de actividades privadas, basarse en los casos previstos en el número 2 del artículo 159, y, si declara la incompatibilidad, el parlamentario deberá optar entre el escaño y el cargo, actividad, percepción o participación incompatible. En el caso de no ejercitarse la opción, se entiende que renuncia al escaño. 4) Declarada por el Pleno correspondiente la reiteración o continuidad en las actividades a que se refiere el apartado a) o en la prestación de servicios a que alude el apartado d), ambos del número 2 del artículo anterior, la realización ulterior de las actividades o servicios indicados llevará consigo la renuncia al escaño, a lo que se dará efectividad en la forma que determinen los Reglamentos de las Cámaras; **ii)** los Reglamentos de las Cámaras; reglamento del congreso 20.2 y 18 Reglamento del senado 1.3 y 26; **iii)** el Acuerdo de las Mesas del Congreso de Diputados y el Senado, de 19 de julio de 2011, por el que se modifica el Acuerdo de las Mesas de Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de diciembre de 2009, por el que se aprueban normas en materia de Registro de Intereses para dar cumplimiento a lo establecido en la reforma del artículo 160.2 de la Ley orgánica del Régimen Electoral General (413/000002 –CD–). En cuanto al **Poder Judicial**, el art. 127.1 de la CE prohíbe a los Jueces y Magistrados, así como Fiscales mientras se hallen en servicio activo, desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. El art. 127.2 dispone que la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos. La Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio, arts. 389 a 397, establece el régimen de incompatibilidades para aquellos que tengan la condición de juez o magistrado. Al resto del personal de la Administración de Justicia (aquellos que no tengan la condición de juez o magistrado) le resulta aplicable el régimen de la LO 1/1985, ello por aplicación del artículo 489 de la LOPJ que dispone que “.....”, sin perjuicio de los supuestos adicionales que prevé. A los secretarios judiciales les resulta aplicable el régimen de la carrera judicial, salvo las prohibiciones del art. 395 de la LOPJ (art. 474 LOPJ). Por su parte, los arts. 57 a 59 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre) regulan las incompatibilidades y prohibiciones aplicables a los miembros del Ministerio Fiscal. En lo tocante a otros órganos constitucionales, el **Defensor del Pueblo y sus adjuntos** [Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Aprobada por Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, arts 7 y 8]; **Miembros de la Comisión Permanente del Consejo de Estado** [Ley Orgánica del Consejo de Estado. Aprobada por ley 3/1980, de 22 de abril, art 12].

<sup>1017</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 182.

Judicial, como el resto de los órganos constitucionales. El dato autoriza una inferencia: el deber de declaratividad aparece donde hay cargos de «confianza política»; donde se especula que la potencialidad lesiva de los actos de corrupción cometidos por quienes ocupan esos puestos es mayor, como mayor es la importancia de sus decisiones, la cuota del poder que ejecutan y, sobre todo la importancia de la imagen que ofrecen<sup>1018</sup>. Lo que llama la atención, y en esto se reconoce una predilección por la legislación latinoamericana, quizás más sincera en sus preocupaciones, que el deber de declaración no se extienda a otros órganos constitucionales. Básicamente lo que sucede es que se decidió por no cargar con ese deber al agente que carece de la condición de «cargo político»<sup>1019</sup>. Pero este diferente tratamiento no encuentra justificación. Es cierto que los cargos políticos legitiman su poder por una relación de confianza, como también lo es que los miembros del Gobierno y la elite política de la Administración resultan especialmente vulnerables a la corrupción. Aún así, no son sino todos los poderes estatales los que deben rendir cuentas a la ciudadanía de cómo administran el poder en su nombre pues, en definitiva, no debe perderse de vista que todo poder reside en el pueblo (art. 1.2 CE)<sup>1020</sup>. De lo que se deduce,

---

<sup>1018</sup> En cuanto a su caracterización como cargos que ocupan un segmento especialmente poderoso, véase en la página 248 y ss.

<sup>1019</sup> En este aspecto, la legislación española contrasta con la norteamericana que optó por imponer la presentación de declaraciones de intereses a cargos y funcionarios que, aún sin ocupar altos cargos, se hallaren expuestos de modo especial al surgimiento de conflictos de intereses: bien porque trataran de forma inmediata con los administrados, bien porque dispusieran de importantes márgenes de discrecionalidad para la adopción de decisiones, bien por la combinación de ambos. A esta declaración le impuso un «carácter reservado». De ahí que la *Ethics Reform Act* de 1989 estableciera el carácter *reservado* de este tipo de declaraciones –al exigirse únicamente la revelación de su contenido a autoridades competentes– en lo que viene a constituir la excepción de la regla de publicidad, auténtico núcleo de la normativa estadounidense sobre declaraciones (García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 182-183).

<sup>1020</sup> Véase en la nota al pie N° 493, en la página 278, donde apuntábamos que para López Guerra ahora es norma general en el contexto europeo que el principio democrático ha venido a monopolizar la legitimidad de los poderes del Estado. Se reconoce, en forma general, que la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación

necesariamente, que **ninguna actuación de ningún órgano, ya posea el mismo carácter representativo, ya vicarial de la sociedad, que pueda afectar a la misma en su conjunto, puede permanecer excluida de control y conocimiento de ésta. Si donde hay poder hay corrupción, no se explica por qué un ámbito de gestión de ese poder puede quedar desligado del deber de soportar sobre él la activación de los instrumentos de prevención, detección y sanción de prácticas corruptas.** ¿*Dónde está la corrupción?* es una pregunta de respuesta compleja, pero aún así la realidad da muestra cabal de que puede encontrarse tanto en la elite de los cargos políticos como en los cargos funcionariales de cualquier poder público. Incluso, como afirma Nieto, la corrupción importante no es la de unos pocos mayoristas sino la que sirve al menudeo cotidiano en casi todas las dependencias públicas y que no tiene el morboso atractivo de la contaminación política»<sup>1021</sup>.

Pues bien, tal como está ubicado y desarrollado en la legislación, el sistema de declaratividad impuesto a los gobernantes y altos cargos de la Administración General del Estado, reconoce dos funciones básicas: **i)** prevenir y detectar conflictos de intereses e incompatibilidades; y **ii)** controlar la evolución patrimonial de esos agentes con el fin de prevenir y detectar la comisión de hechos corruptos en los que han puesto precio de venta a su función.

---

de cada uno de ellos, se ha convertido en un reparto de competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación (Cfr. López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Ob. Cit., Pág. 19).

<sup>1021</sup> Nieto, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984, Pág. 113. En un sistema democrático, no hay poder que merezca resistir el control ni omitir rendir cuentas de su fiel gestión a los ciudadanos. Sí hay que reconocer que en este sentido las sucesivas leyes de «incompatibilidades» y «conflicto de intereses» marcan la tendencia de expandir el control. Lo vemos en cuanto han ido bajando escalones en la jerarquía administrativa. La Ley 25/1983 (art. 10.2) sólo pedía la formal declaración de bienes sólo a algunos «altos cargos». Luego la Ley 5/2006, de 10 de abril, se la pide a todos los cargos nombrados por el Consejo de Ministros. Como también señala Nieto «el mito liberal de una burocracia simple ejecutora de decisiones políticas se ha roto», por tanto es necesario controlar a toda la Administración pues en casi toda su estructura pueden encontrarse cargos que trabajen con un amplio margen de discrecionalidad.

Ahora bien, para llegar a descubrir si un agente incrementó ilegítimamente su patrimonio, resulta indispensable contar con información confiable acerca de su situación económica antes de asumir el cargo, información periódica sobre la evolución de su patrimonio mientras permanece en ese puesto, e información sobre su situación patrimonial al egreso del mismo. Todos estos datos son un insumo básico para determinar, en última instancia, una responsabilidad penal. Y es aquí donde un sistema de declaraciones juradas óptimo cumple su rol esencial<sup>1022</sup>. En primer lugar, mediante las declaraciones se conocerán las actividades e intereses económicos, comerciales, financieros y profesionales que registran los agentes públicos. A partir de estas averiguaciones, más los datos relativos al cargo que ejerce, sus competencias y participación en toma de decisiones, será posible detectar situaciones de conflicto de intereses y, en consecuencia, tomar los recaudos necesarios para evitar que sus actos carezcan de objetividad e imparcialidad. Pero, por otro lado, la información que las declaraciones juradas transmiten no está sólo en los datos que en ellas se plasman, sino incluso –y sobre todo– en aquellos datos que maliciosamente los agentes omiten o falsean. Transmite información útil el servidor público que declara como es debido, como aquel que no lo hace o que lo hace falseando u omitiendo deliberadamente, claro está, siempre que esto sea descubierto por la autoridad de control. Estos hechos pueden tomarse como indicios que justifican prima facie la sospecha de la comisión de un acto de corrupción. Por tanto, la información privada que contiene una declaración jurada puede hacer necesario conocer otros aspectos de la privacidad del agente. En este sentido, será sólo la puerta de ingreso a otros tantos aspectos íntimos del agente. En efecto, ante una sospecha indiciaria y para verificar la veracidad de una

---

<sup>1022</sup> Oficina anticorrupción (República Argentina) Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública, Ob. Cit., Pág. 18-19.



declaración puede que sea necesario confrontar la realidad económica que en ella se vuelca con registros públicos [*i.e* de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles] o privados [informes financieros o bancarios, entre otros]. Semejante pesquisa sobre las actividades económicas, bienes y obligaciones de un agente, conllevará una injerencia en su privacidad dejándolo con escaso margen para reservar para sí una intimidad económica. Por ello, resulta imprescindible que si la actividad de control se decidiera por poner en marcha investigaciones que provoquen injerencias en el derecho a la intimidad, en primer lugar, sólo la disponga ante la sospecha, cuanto menos indiciaria, de la comisión de una irregularidad administrativa o práctica corrupta y siempre respetando el canon de constitucionalidad. Sobre el particular, un aspecto que habría que valorar es, según el caso, la pertinencia de que fuera la autoridad judicial la que disponga las medidas que impliquen injerencias en la intimidad. No obstante, entendemos que en principio, la Oficina de Conflicto de Intereses, como «gestora» de los registros, tiene competencia para recabar informes para verificar la veracidad de las declaraciones y, en su caso, pedir la colaboración de los restantes Organos de Administración General del Estado<sup>1023</sup>. En efecto, el su art. 19, referido a las actuaciones previas al procedimiento sancionador, establece que «los ficheros, archivos o registros de carácter público y, en especial, los de las Administraciones Tributarias y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social proporcionarán a la Oficina de Conflicto de Intereses cuando ésta lo requiere, información, datos y colaboración de la forma establecida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, en su caso, en la Ley General Tributaria. Fuera de esto, llamativamente, nada de cuanto se refiere a las específicas competencias para investigar la veracidad de las declaraciones juradas de los gobernantes y

---

<sup>1023</sup> Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, art. 23 y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 18.

altos cargos y, por tanto, entrar en el ámbito de la intimidad de éstos, fue desarrollado por la LCI, que se limita a encomendar a la Oficina de Conflicto de Intereses la llevanza y gestión de los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de los Altos Cargos» y la custodia y seguridad e indemnidad de los datos y documentos en ellos contenidos<sup>1024</sup>. Y aunque excede el tema de esta tesis, y debido a la trascendencia que cobra como herramienta anticorrupción del sistema de declaratividad, cabría también preguntarse sobre otra cuestión de la que la doctrina nada dice y es si la constatada omisión de presentar la debida declaración jurada o bien la falsedad deliberada con que fuera redactada, por su grave violación a un deber institucional básico de serias repercusiones, amerita una sanción penal. También si estaría funcionando como un «delito de recogida».

Más allá de su fin preventivo, de detección y sanción de prácticas corruptas, se ha visto a las declaraciones juradas, especialmente a las de contenido patrimonial, como una manera de reducir escándalos políticos innecesarios. Para Villoria Mendieta, hay personas que cuando ingresan en política o cuando ocupan puestos administrativos ya poseen una gran fortuna, de forma que la revelación de ese patrimonio puede ayudar a conocer fuentes de conflicto de interés. Además, el descubrimiento de tal fortuna durante el mandato podría ser fuente de un escándalo, basado en la manipulación de datos, si no existiera información previa. Para el autor, conocer desde el inicio ese patrimonio reduce las posibilidades de escándalos dañosos para la imagen de lo público<sup>1025</sup>.

---

<sup>1024</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 15.

<sup>1025</sup> Villoria Mendieta, Manuel, *La corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 60.

#### **4. La expansión del control sobre la vida privada de los «altos cargos» en tiempo y espacio**

Vimos que la LCI dispone de las técnicas de incompatibilidad, fideicomiso ciego y declaratividad para vigilar actividades y situaciones de gobernantes y altos cargos que se suceden fuera de lo que es el ejercicio de las funciones públicas. Sucede, entonces, que **la expansión de controles que cada una de estas técnicas lleva consigo, y que acabamos de describir, nos fuerza a replantearnos y cuestionar los lindes de la categoría subjetiva «persona pública», en la que en nuestro primer capítulo subsumimos a gobernantes y altos cargos.** Recordemos que tal como quedó perfilada por el Tribunal Constitucional, se incluye en ella a todos aquellos que tienen atribuida la administración del poder público. «Persona pública» es quien ostenta o desempeña un cargo público<sup>1026</sup>. Se identificó también, y precisamente a causa de ese rol institucional, como elemento invariable que la acompaña el hecho de que estas «personas públicas» estén sometidas al control de la colectividad: la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar como ejercen el poder en su nombre. Ocurre, sin embargo, que la LCI expande esos controles democráticos en el espacio y el tiempo y desborda, en alguna medida, los límites conceptuales de la categoría.

**En primer lugar, expande los controles en el espacio cuando pone ante los ojos del Estado y ciudadanos aspectos privados de los gobernantes y altos cargos.** Y aunque ya sabemos que la ciudadanía tiene derecho a inspeccionar no sólo los actos públicos de los gestores, sino también lo que ellos digan y hagan al margen de sus

---

<sup>1026</sup> Se cita a Díez Picazo, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, Ob. Cit., Pág. 331 y Medina Guerrero, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Ob. Cit., Pág. 145. Véase en la página 110 y ss.

funciones, siempre que el dato guarde una directa y evidente relación con el desempeño de su cargo, esta norma avanza dejando fuera de toda pretendida reserva prácticamente la intimidad económica del agente. Por otro lado, **expande su control en el tiempo pues la vigilancia de lo que hacen o poseen no sólo está activa mientras el sujeto ostenta ese poder público.** La asunción del cargo proyecta efectos hacia el pasado y futuro: interesarán aspectos privados de su vida privada que han tenido ocurrencia antes, durante y después de la función.

Finalmente, **expande su control también en cuanto a los sujetos que deben soportarlo.** La actividad de control y vigilancia alcanzará al cónyuge, a quien conviva en análoga relación de afectividad y otros miembros de la unidad familiar, como hijos menores no emancipados o simplemente dependientes, o personas tuteladas. De tal suerte que el interés público que originariamente acapara el agente, irradia también sus efectos sobre ese «vínculo íntimo» y, termina por arrancarlos a ellos también de su anonimato.

#### **4.1. Los espacios privados objetos de control**

La LCI exige a gobernantes y altos cargos que declaren ante la autoridad su situación y actividades económicas, y, con ello, habilita el control y vigilancia sobre estos aspectos que hacen a su vida privada. En concreto, cuando **se interesa por las actividades privadas de los agentes**, lo hace por: **i)** sus actividades profesionales, mercantiles o laborales, y los «intereses» que ellas provocan<sup>1027</sup>; **ii)** el tiempo y forma en que

---

<sup>1027</sup> La Ley 5/2006, de 10 de abril, se interesa en las actividades privadas realizadas antes de la función en los términos de los Arts. 7 («Deber de inhibición y abstención»), y 8.6 («limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad

se dedican a las «actividades privadas compatibles», como lo son la administración del patrimonio personal o familiar, las actividades intelectuales y la participación en entidades culturales o benéficas<sup>1028</sup>; y **ii**), según el caso, los contratos que, como personas privadas, hubieran acordado con el sector público. **También toma como objeto de escrutinio sus patrimonios.** En este caso pone su atención en: **i**) lo que cada agente posee por sí o junto con algunos de sus vínculos íntimos<sup>1029</sup>; **ii**) lo que ha recibido en sucesión hereditaria o a título gratuito<sup>1030</sup>; **iii**) las transmisiones que realiza de aquellas participaciones societarias cuando está obligado a desprenderse de ellas<sup>1031</sup>; **iv**) los valores o activos financieros negociables en mercado y la entidad financiera a la que encomiendan su gestión también cuando está obligado a hacerlo y, si están o no al tanto de las inversiones que estas realizan; **v**) los contratos que realiza con estas entidades financieras<sup>1032</sup>. Y, asimismo, exige al alto cargo que declare formalmente y de forma juramentada: **vi**) la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones; **vii**) sus valores o activos financieros negociables; **viii**) sus participaciones societarias y, en su caso, el objeto social de estas sociedades; **ix**) y, finalmente, que aporte sus declaraciones tributarias correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del impuesto sobre el Patrimonio que presenta que ha

---

al cese»). En cuanto a las actividades privadas realizadas cuando ya se está en posesión del cargo, nos encontramos con los Arts. 5 («Dedicación exclusiva al cargo») y 10 («compatibilidad con actividades privadas»). Finalmente, en lo tocante a las actividades privadas realizadas con posterioridad al cese, se interesa por i) si prestan servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado y ii) si celebran por sí mismos, o a través de ciertas sociedades o empresas, contratos de asistencia técnica, de servicio o similares con las Administraciones Públicas.

<sup>1028</sup> Art. 10, Ley 5/2006. («Compatibilidad con actividades privadas»).

<sup>1029</sup> Art. 6, Ley 5/2006, («Limitaciones en participaciones societarias»).

<sup>1030</sup> Art. 6. 3, Ley 5/2006, («Limitaciones en participaciones societarias»).

<sup>1031</sup> Art. 6. 3, último párrafo, Ley 5/2006, («Limitaciones en participaciones societarias»).

<sup>1032</sup> Art. 13, Ley 5/2006 («Control y gestión de valores y activos financieros»).

presentado. A partir de lo expuesto es que concluimos que la LCI impide al alto cargo y gobernante que conserven para sí, sin interferencia de terceros, su privacidad económica.

Tal como lo presentamos en el primer capítulo, el derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, el derecho a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. No obstante, la asunción de esta amplia concepción del derecho a la intimidad con su comprensión subjetiva no entraña la total desaparición o sustitución de la concepción material cuando el análisis se desenvuelve en el marco de las relaciones entre la Estado y los ciudadanos<sup>1033</sup>. Es decir: si bien cualquier información relativa a una persona podría formar parte del derecho a la intimidad, en la medida que el titular de esos datos tenga la voluntad de mantenerlos en resguardo [i.e. contenido del derecho a la intimidad como decisión personal], aún así la intimidad como derecho no ilimitado puede entrar en conflicto con otros derechos y bienes. Y cuando estos están plasmados en una norma, debe ponerse en juego los valores de la sociedad para determinar si una concreta exigencia de información o injerencia puede ceder frente a esos otros intereses [contenido de los valores sociales]. Se impone entonces revisar la perspectiva material. Y desde una concepción material del derecho a la intimidad, lo económico en general, como las actividades profesionales, mercantiles o laborales, en particular, desarrolladas por un sujeto son datos a priori irrelevantes o fuera del ámbito de protección del derecho. Como bien ha sintetizado el Tribunal Supremo, interpretando las precursoras sentencias del Tribunal Constitucional, en líneas generales el ámbito de lo económico queda fuera del derecho

---

<sup>1033</sup> Véase en la página 108.

fundamental a la intimidad, excepto en aquellos casos en que pudiera producirse una repercusión de lo patrimonial en lo personal<sup>1034</sup>. Se ha dicho, en esta línea de argumentación, que la conexión de la intimidad con la libertad y la dignidad implica que la esfera de inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no lo comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla, como era el caso, la relación laboral<sup>1035</sup>. Sucede, sin embargo, que esos datos, en principio irrelevantes, en conexión con otros, también irrelevantes, tienen virtualidad para volver totalmente transparente la personalidad del gobernante o alto cargo. En este punto, nos interesa **recordar los argumentos de la «teoría del mosaico» que, como ya anticipamos, coinciden con los del Tribunal Constitucional**. Explica la teoría que «al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados»<sup>1036</sup>, así también puede suceder que a través del estudio sistemático de las actuaciones económicas de un determinado sujeto se pueda reconstruir no su situación patrimonial, sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término<sup>1037</sup>. La conclusión a la que arribamos es que LCI abre al control del Estado y ciudadanos espacios «privados» de los gobernantes y altos cargos y esto es así pues las exigidas declaraciones de actividades e integral de bienes, derechos y obligaciones transmiten información sobre muchas facetas de la vida de

---

<sup>1034</sup> STS 499/2004, de 23 de abril, FJ Tercero. SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3; 202/1999 de 8 de noviembre, FJ 2; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 y 180/1987, de 12 de noviembre, FJ 4. Véase en la página 215 y ss.

<sup>1035</sup> STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7.

<sup>1036</sup> Madrid Conesa, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Ob. Cit., Pág. 45. La «Teoría del mosaico» a pesar del avance que supone respecto a la teoría de las esferas, a lo único que llega es a poner de manifiesto que el camino para lograr la solución del problema de la regulación legal del derecho a la intimidad no pasa por el establecimiento de límites apriorísticos entre lo público y lo privado (*Ibidem*, Pág. 46). Véase también en la página 63.

<sup>1037</sup> STC 110/1984; 142/1993. Véase en la página en la página 215 y ss.

quien la suscribe. A partir de ellas conoceremos sus gustos, preferencias, capacidad de ahorro, nivel de vida, etc. De tal suerte, los datos y las inferencias que ellos autorizan, permitirán conformar una especie de retrato de la vida íntima del sujeto en cuestión. **Es por esta capacidad sobrevenida de develar cierta intimidad que caracterizamos a los datos volcados en las declaraciones juradas como «fronterizos», desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pues sólo en principio e individualmente considerados, desde una perspectiva material, serían irrelevantes para la protección del art. 18.1 de la CE.** Por tanto, no es sino en virtud de la LCI que los gobernantes y altos cargos, no sólo están obligados a rendir cuentas de su gestión pública, sino también de su vida privada, al menos en lo que respecta a sus actividades profesionales, mercantiles y laborales y a la configuración y evolución del patrimonio propio. La vida privada es, en lo tocante a tales aspectos económicos, una cuestión «con trascendencia pública». Y aunque «toda persona es igual ante la ley», a la hora de enjuiciar la merecida protección de la intimidad de un gobernante y alto cargo, ha primado su carácter de «persona pública» con el consabido interés público en mantener el control de la gestión del poder que realiza. La LCI expresa una diferencia jurídica que obedece a un interés público y a un rol institucional asumido.

#### **4.2. Los tiempos del control**

Se dijo que el Tribunal Constitucional considera «persona pública» a toda aquella que tiene atribuida la administración del poder público<sup>1038</sup>, y es en virtud de esta gestión de

---

<sup>1038</sup> STC 134/1999, de 15 de julio (FJ8).



lo público que se reconoce como derecho de los ciudadanos el controlarlos para así estar en condiciones de juzgar cómo lo hacen. Podría pensarse, entonces, que la materia de control debe tratar de un hecho o circunstancia de la vida del agente exactamente contemporáneo a su gestión del poder público. La lógica consecuencia de ello sería que este sujeto también deberá soportar que se lo inspeccione como cuando estaba en funciones, siempre y cuando que el control –insistimos, una y otra vez– se vincule directa e inmediatamente con aquella función que ejerció; lo que nos remite a un control de hechos contemporáneos a la función. El control de los actos cumplidos en funciones, sus actos oficiales, e incluso de los actos llevados a cabo al margen de las mismas<sup>1039</sup> respondería a una contemporánea gestión de ese poder y en el marco de una rendición de cuentas sobre la legitimidad de origen muy precisa y de ejercicio. De hecho, a esta conclusión llegamos cuando se analizó el «criterio de conexión»<sup>1040</sup> que nos dice que las personas públicas, en especial si ocupan cargos representativos, deberán tolerar no sólo que se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones [i.e. actividades o aspectos públicos], sino sobre lo que digan y hagan al margen de la misma [i.e. actividades o aspectos privados] siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de su cargo<sup>1041</sup>. Pero, no obstante, en esta secuencia de afirmaciones hay una imprecisión. **Lo que la LCI nos dice es que no sólo interesa un control de legitimidad de origen y ejercicio del gobernante y alto cargo que está gestionando el poder, sino un control que se ocupe de sus actividades económicas y patrimonio incluso tras haber cesado en la función.** Es así como el «interés público» está puesto más allá de las fronteras de un actual ejercicio de la función. Entonces, no estará mal que, **con un espíritu**

---

<sup>1039</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre (FFJJ 7 y 8)

<sup>1040</sup> Véase en la página 157 y ss. y en la página 180.

<sup>1041</sup> SSTC 148/2001, de 17 de junio (FJ 6); 232/2002, de 9 de diciembre (FJ 4); 54/2004, de 15 de abril (FJ 3) y la primera referencia que al respecto hace la 192/1999, de 25 de octubre, FFJJ 7 y 8 (Véase en la página 153 y ss.)

**de precisión, redefinamos en este trabajo la categoría de «persona pública» para así** sostener que de ella interesa cuanto diga y haga en ejercicio de su función, fuera de la misma, siempre que se vincule directa e inmediatamente con esta y que podrá ser también «persona pública» aquél que aún no ejerce la función, tal el caso del «candidato», como aquel que ha cesado en la función cuando el interés público que atrae responda a: i) a la legitimidad de origen como de ejercicio de la función realizada; y ii) cuando se ocupe de controlar, durante el «período de enfriamiento» aquellos aspectos privados que legalmente continúan sujetos a control, como veremos sucede en el caso del art. 8 de la LCI.

Por cierto, en lo que respecta a quien aún no ejerce función alguna, recordamos aquí que ya en algo el Tribunal Constitucional adelantó este criterio cuando aplicó la categoría jurídica de persona pública al «sujeto con relieve político». Con razón, esta redefinición de la categoría concede aún más fuerza a nuestro argumento que sostiene que en la figura de «persona pública» subyace la idea de control por parte de los ciudadanos, ya sea control de quien gestiona el poder o de quien participa en la contienda electoral<sup>1042</sup>. Fuera de los supuestos referidos, cuando se trate de evaluar injerencias en la intimidad de un ex gobernante y alto cargo que no detenta ya vinculación alguna con la gestión del poder estatal, habrá de recurrirse al «criterio guía» de la categoría subjetiva «persona privada». Este ex gobernante y alto cargo no merece ser caracterizado como «persona pública» pues no sucede que su conducta, su imagen y sus opiniones necesiten someterse al escrutinio de los ciudadanos. Su obligación de dar una imagen, transparentarse y soportar un examen y averiguación exacta y diligente quedó atrás. Los ex gobernantes y altos cargos

---

<sup>1042</sup> Entonces se citó la STC 15/1997, de 22 de enero, en tanto se ocupó de justificar la inclusión de los políticos que no ejercen poder en la categoría «persona pública» Véase en la página 134 y ss.

merecen –al menos en principio– ser catalogados como «personas privadas». Al abandonar la función, e insistimos, fuera de los supuestos precisados, merecen ser objeto de la más amplia protección de sus derechos a la intimidad, honor e imagen con la misma extensión que cualquier otro ciudadano. En su caso, quien informe u opine sobre su persona deberá demostrar que, no obstante la condición privada del afectado, aquello que dice es necesario e imprescindible para la crítica que se formula o la información que se da, vinculada esta –a su vez– un hecho de relevancia social en sí mismo<sup>1043</sup>.

#### **4.2.1. El control del alto cargo *antes* de su ingreso a la función pública**

La preocupación por la ética, capacidad y mérito de quien es propuesto para ocupar un cargo público, atraviesa tiempos y espacios. Ya en la cultura romana había una búsqueda de ejemplaridad de aquel ciudadano que se proyectaba a participar directamente en la gestión de lo público. Los individuos que deseaban aspirar a ocupar cargos públicos se preocupaban desde temprana edad por emprender acciones nobles que les dieran reputación, prestigio u honor a fin de gozar de la credibilidad y confianza de la gente con la cual vivían. En el momento de promoverse para un cargo de elección, se vestían de blanco, color que simbolizaba pureza y cuya palabra se traduce en «candidez», en la inteligencia de

---

<sup>1043</sup> En este caso el ex agente será una «persona con proyección pública» de la del tercer subtipo y, por tanto, el criterio guía a tener en cuenta ha de ser que lo divulgado debe ser *necesario* para mantenerse informado y opinar sobre un hecho de relevancia social. Si el caso fuera que la información que se da sobre el ex agente a que se reconoce un interés público en razón de la persona y la materia, entonces, los criterios guías serán: i) que lo informado sea necesario para la información o crítica relacionada con la actividad profesional por la que el individuo es conocido; o ii) que lo informado se vincule a algo que ellos mismos han revelado, ya sea al difundir la información o con su comportamiento mismo. Para el desarrollo de los criterios-guía véase en la página 171 y ss.

que aquél que aspiraba a un cargo público debía ser el más puro, el más limpio, el más cándido. Surge así el término «candidato»<sup>1044</sup>.

Tomando para sí la necesidad de expandir los controles democráticos en la designación de los cargos políticos de la elite de la Administración<sup>1045</sup>, la LCI concede intervención al Parlamento, concretamente a la Comisión correspondiente de la Cámara de Diputados, para que disponga la comparecencia de los candidatos a cubrir ciertos puestos<sup>1046</sup> en pos de examinarlos. El art. 2.3 establece que «sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes» y que «la comisión

---

<sup>1044</sup> El término «candidato» procede del latín *candidatus* «el que viste de blanco», derivado del verbo *candere* «ser blanco», «brillar intensamente». Haciendo historia se afirma: «Candidato/candidatura: El origen de estas palabras, puramente romanas, se encuentra en el vestido blanco con que era costumbre presentarse los que aspiraban a las magistraturas ante las personas que habían de dar los sufragios. Según Plutarco, era hasta una obligación para los candidatos usar traje blanco durante los dos años destinados a las pruebas de la candidatura. Las reglas que se observaban para las candidaturas, según Nieupori, eran las siguientes: el primer año pedía permiso el candidato al magistrado para arengar al pueblo por sí o por algún amigo suyo: el orador en estas peroraciones declaraba su propósito de obtener tal empleo si era la voluntad del pueblo, rogándole que tuviese presentes los méritos de sus antepasados y los servicios propios, que siempre cuidaba de ponderar: esto se llamaba *profiteri nomen suum*. Por segunda vez se presentaban los candidatos ante el magistrado al principio del segundo año, con la recomendación del pueblo, que por lo general estaba concedida en estos términos: *rationem illius habe*, y le suplicaban que sus nombres continuaran en la lista de pretendientes. El derecho a presentarse como candidato era común a todo ciudadano, pero no a todos autorizaba el magistrado para hacerlo el día de la elección, porque después que se enteraba de la petición del candidato y de la recomendación del pueblo, reunía al consejo de senadores, y examinados por este los fundamentos en que se apoyaba su demanda, le permitía o le negaba continuarse en ella. Son muy numerosos los ejemplares que presenta la historia de ciudadanos desechados de la elección por cónsules, atendidas sus malas costumbres, así como de pretendientes admitidos por los mismos magistrados y a quienes, sin embargo, contrariaban los tribunos por la falta de indagación de calidades morales» (Enciclopedia Moderna, Diccionario Universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria y comercio, Tomo VI, publicado por Francisco de P. Mellado, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid, 1853, Pág. 987)

<sup>1045</sup> Dice el preámbulo: «En el Título I se establecen los requisitos a que han de someterse los titulares de determinados órganos con carácter previo a su nombramiento. Esta regulación supone un considerable avance en cuanto al control democrático en la designación de estos cargos, ya que se prevé su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, órgano máximo de representación popular».

<sup>1046</sup> Los candidatos sometidos al examen de los Diputados, de acuerdo a las prescripciones de la Ley 5/2006, de 10 de abril, son: i) Presidente del Consejo de Estado; ii) Máximos responsable de los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2. k) [i.e. Comisión Nacional del Mercado de Valores, Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de Energía; Consejo de Seguridad Nuclear]; iii) Presidente del Consejo Económico y Social; iv) Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia; v) Presidente de la Agencia EFE; vi) Director de la Agencia de Protección de Datos; vii) Director General del Ente Público de Radiotelevisión Española.

parlamentaria emitirá un dictamen en que se establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses»<sup>1047</sup>.

Ahora bien: ***¿cuáles son aquellas preguntas y aclaraciones que en las que debería interesarse la Comisión?*** A juzgar por el texto de la LCI pareciera que, en principio, serán pertinentes todas aquellas preguntas y aclaraciones que los Diputados «crean convenientes». No obstante, teniendo en cuenta que el dictamen que han de elaborar se circunscribe a «apreciar o no la existencia de conflicto de intereses», podemos acotar un poco más los temas que pueden ser materia del cuestionario. Las preguntas sólo podrán ser las pertinentes y útiles para evaluar una posible situación de conflicto. En todo caso, si para hacerlo es necesario examinar un aspecto «materialmente» íntimo de la vida del candidato, deberán extremarse recaudos y ponderar la proporcionalidad, en los términos del canon de constitucionalidad, de la pregunta.

Los Diputados, invariablemente, deberán evaluar las anteriores actividades profesionales, mercantiles y laborales, y la constitución del patrimonio del candidato. Y puede que al hacerlo encuentren inconveniente nombrar a sujetos que desde el inicio de la función quedarían atrapados en situación de conflicto de interés. Si se trata de salvaguardar los intereses públicos, no habría forma de hacerlo si se permite acceder al cargo a quien carece de aptitud para desempeñarlo. La aptitud para el cargo ha de ser un presupuesto

---

<sup>1047</sup> El artículo 2 de la Ley 5/2006, establece bajo el título «Comparecencia ante el Congreso de los Diputados»: 1. El Gobierno, con carácter previo al nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, pondrá en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su Reglamento; 2. El mismo procedimiento será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2 k), presidentes del Consejo Económico y Social; del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Agencia EFE, director de la Agencia de Protección de Datos y director general del Ente Público Radiotelevisión Española; 3. La comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. La comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses».

para el acceso en todo caso y, por ello, podrá también ser objeto del control democrático puesto en marcha por la norma. Al analizar el especial estatus jurídico de estos agente de elite coincidíamos con Jiménez Asensio en cuanto a las óptimas condiciones que deberían poseer para asumir la función, no obstante que su designación no esté cubierta por el mandato del art. 23.2 CE pues ello, en todo caso, no implica que se inapliquen de modo absoluto a la alta Administración otros principios constitucionales, tales como la objetividad de la Administración pública, la eficacia, la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas<sup>1048</sup>. Pero aún así, si son investigados la actividad y el patrimonio, pueden surgir otros indicios de irregularidades que desaconsejarían formular un informe favorable a la aprobación de la designación. Y aunque no es usual, debería también ocuparse de evaluar si el patrimonio declarado por el sujeto propuesto coincide con el real. Bien puede suceder que un candidato, al pronosticarse a sí mismo como corruptible o cuando ya ha acordado su venta al interés privado, se prepare para la impunidad declarando un patrimonio mayor al que posee, en vistas a tener anticipadamente justificado su enriquecimiento ilícito. Merced a todo esto, las preguntas deberán propender a garantizar no sólo la inexistencia de una eventual situación de conflicto de interés, sino más ampliamente, ya que también amplios son los objetivos de la LCI, a asegurar que los candidatos no se han comprometido ni se comprometerán en actuaciones que pongan en riesgo o directamente ataquen la objetividad, imparcialidad e independencia de todo cargo público<sup>1049</sup>. Si se le reconocen estos objetivos, la ratificación parlamentaria no sólo estará funcionando con un fin preventivo de situaciones de conflicto, sino de otros actos de

---

<sup>1048</sup> Véase la nota al pie N° 455 en la página 252

<sup>1049</sup> Recordamos que el Preámbulo (Párrafo segundo) refiere que «se introducen nuevas exigencias y cautelas que [garantizan] que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo».

corrupción<sup>1050</sup>. Y aunque este tipo de control no se lleva a cabo en la actualidad; aunque no hay constancias de que se realicen averiguaciones sobre la conformación del patrimonio y actividades profesionales de los altos cargos; no podemos dejar de señalar que no deberían obviarse en tanto la LCI los apunta como una exigencia para los Diputados.

Al instituto de «ratificación parlamentaria» diseñado para algunos «altos cargos», la ley suma otros controles sobre las actividades y patrimonio anteriores a la asunción del cargo de todos los agentes que caen bajo su ámbito subjetivo. Así, el art. 7 establece el deber de abstención en procesos en que confluyan intereses privados a la vez que les exige que formulen una declaración de todas las actividad profesionales, mercantiles y laborales que hubieran desarrollado hasta dos años anteriores a la toma de posesión como cargo público [*i.e.* Declaración de actividades a la toma de posesión<sup>1051</sup>]. En los términos de este artículo, los gobernantes y altos cargos están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubiesen intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos o su vínculo íntimo [cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, o familia dentro del segundo grado].

Por otro lado, en lo que respecta a su patrimonio, exige también que hagan públicos sus bienes antes de acceder al cargo [*i.e.* declaración inicial de bienes y derechos, art. 12.3].

---

<sup>1050</sup> Para García Mexía, merece singular atención la relevante función como factor preventivo de la corrupción de institutos como la ratificación parlamentaria de nombramientos, al involucrar al poder legislativo –con la garantía que ello supone– en la responsabilidad que tal designación conlleva. Según sostiene, la Ley 5/2006 (art. 2) se ha hecho eco de la misma, al instituir la como obligatoria respecto de los máximos responsables de determinados órganos regulatorios (como el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por citar uno) o de relevancia constitucional (el Presidente del Consejo de Estado, por ejemplo). (García Mexía, Pablo, *Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en *El derecho a la buena Administración Pública*, directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008, Pág. 155).

<sup>1051</sup> Arts. 7 y 11 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y Anexo I del Real Decreto 432/2009.

La justificación la encontramos, en este caso, en obtener datos que permitan el examen de la evolución patrimonial. Los documentos a cotejar serán, por un lado esta declaración inicial y, por otro, las anuales declaraciones impositivas y la declaración que han de presentar al cese<sup>1052</sup>. Pero debiera tenerse muy en cuenta a la hora de efectuar este análisis que la «declaración inicial de bienes y derechos» nunca debiera tomarse como un parámetro de verdad indiscutible. Llegado el caso, será necesario también «escrutarla» para averiguar su veracidad e integridad pues puede utilizarse como un instrumento que garantice a futuro la impunidad, como hemos dicho.

#### **4.2.2. El control *durante* el cargo**

Como consecuencia de que el gobernante o alto cargo asume su puesto surgen de lleno para él, una serie de obligaciones que definimos como «deberes institucionales»<sup>1053</sup>. Ciertos deberes recortan de forma especial algunos de sus derechos fundamentales. En el caso de la LCI la modulación más importante recae sobre el derecho a la intimidad, más específicamente sobre lo que llamamos «intimidad económica» y que está conformada por las actividades económicas y la constitución y evaluación del patrimonio propio. No obstante que se quede fuera del objeto de nuestro trabajo, no podemos dejar de mencionar que también la LCI «interviene» otros derechos fundamentales, tal el caso del derecho a la propiedad, como veremos en las próximas líneas. La vigencia de la LCI, con la imposición

---

<sup>1052</sup> El art. 12.3 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, establece que «los altos cargos aportará junto con las declaraciones iniciales y las de cese, así como anualmente, una copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración tributaria».

<sup>1053</sup> Véase en en la página 320.



de reales obligaciones jurídicas que trae consigo, generará controles. De no existir estos, y de no exigir el ordenamiento jurídico su cumplimiento, indudablemente no podríamos calificar a estas obligaciones o deberes de «reales». Al ponerse en marcha la actividad de vigilancia necesariamente habría que sondear aspectos privados de los agentes en ejercicio de la función. Estos controles, llevados a cabo ya durante el desempeño de la función del agente, tendrán por objeto, una vez más, sus actividades, patrimonio e intereses generados por estos. Veamos:

**La Ley se interesa por las actividades privadas** que realizan el gobernante o alto cargo de forma simultánea al ejercicio de la función. A modo de principio le impide que realice «segundas actividades» [i.e. «principio de dedicación exclusiva al cargo», art. 5]. Como excepción, le permite compatibilizar su actividad pública tres tipos de actividades privadas<sup>1054</sup>: **i)** La de mera administración del patrimonio personal o familiar; **ii)** las de producción intelectual, siempre que sean marginales; y **iii)** las de participación no lucrativa en entidades culturales o benéficas. Todas estas actividades deberán ser declaradas por el agente, según lo impone el art. 11 y se incluirán en el «Registro de Actividades de Altos Cargos» de carácter público.

El tiempo y la forma en que estas actividades privadas compatibles son llevadas a cabo por el gobernante o alto cargo es un tema que interesa legítimamente al Estado y los ciudadanos. Con otras palabras podemos decir que lo que el agente hace con su tiempo tras dejar su despacho o fuera de sus funciones públicas no es algo que, al menos en todos los supuestos, el pueda elegir mantener en secreto. Para empezar cualquier actividad compatible podrá ser objeto de vigilancia. En caso de que por el tiempo dedicado o las relaciones trabadas exista el riesgo de que se comprometa de cualquier forma la

---

<sup>1054</sup> Art. 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

imparcialidad e independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, la actividad debe ser abandonada. Tampoco puede dedicarse a ellas en cantidad de horas de labor que obstaculice cumplir eficientemente su función pública. Así, por ejemplo, en lo tocante a la «producción intelectual» la norma la tolera siempre que no sea consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o suponga un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes<sup>1055</sup> y aunque no haga extensiva esta condición a los restantes supuestos, el imperativo constitucional del actuar de la Administración con eficacia (art. 103.1), hace de este un deber inexcusable para todos los casos<sup>1056</sup>. Al respecto, nos interesa destacar la reflexión de García Mexía que nos advierte de algunos inconvenientes. Señala que no ha de extrañar que los principales problemas que suscitaría esta exención emanen de la actividad de colaboración como ponente en congresos, seminarios, conferencias y acontecimientos similares. Exige plantearse la legitimidad de «iure condendo» de la percepción de retribuciones por este tipo de actividades, percepción perfectamente legal de «iure conditio», cuando; primero, los altos cargos son requeridos precisamente en tal condición; y segundo, existe el riesgo de que de esta forma, queden expuestos a la influencia de poderosos intereses particulares, gracias al abono de la retribución. A nadie se oculta que estas ponencias no siempre se desarrollan bajo el patrocinio de entidades académicas o benéficas. Muy a menudo son promovidas y financiadas por actores

---

<sup>1055</sup> El art. 10 b) de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>1056</sup> Fue la STC 178/1989, de 2 de noviembre, la que apuntó la ligazón existente entre el régimen de incompatibilidades y principio de eficacia. Al respecto opina Meseguer Yebra que la ocasionalidad que exige el inciso final del apartado b) respecto de la colaboración y la asistencia como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades establecido en la Ley de conflicto de intereses, ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de la actividad a que se refiere este apartado podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente Organismo o Ente público [STC 178/1989, de 2 de noviembre]. (*Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 197).

sustancialmente afectados, al menos potencialmente, por los ámbitos competenciales del alto cargo invitado<sup>1057</sup>. La reflexión de García Mexía nos da los argumentos precisos para justificar el interés público en conocer circunstanciadamente; y muy especialmente saber quién hace los pagos en honorarios o especie tendientes a retribuir comparencias, conferencias o artículos y su cuantificación.

Asimismo, durante el tiempo que permanezca en ejercicio de sus funciones, el gobernante o alto cargo debe dar cuenta de la evolución y conformación de su patrimonio personal. Tiene la obligación de presentar anualmente copia de las declaraciones correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar ante la Administración tributaria. Este reclamo se justifica en la necesidad de evaluar su desarrollo patrimonial. Para ello al menos se cuenta con dos parámetros imprescindibles: la declaración de bienes y obligaciones inicial, por un lado, y las subsiguientes declaraciones anuales tributarias, por otro. Pero más allá de esto, inferimos **que es deber del alto cargo durante todo el tiempo que permanezca en funciones rendir cuentas, en cuanto sea requerido o resultare necesario, de la no existencia de posibles situaciones de conflicto de intereses, como de una situación económica que de haberse acrecentado de manera apreciable lo hizo acorde con las posibilidades de evolución normal.** Será «acorde» aquella que guarda relación con los ingresos legítimos declarados, ya se trate de los haberes de la función pública o de la actividad no inhibida. Pero si el patrimonio está constituido por el conjunto de los bienes de una persona y las cargas que lo gravan, un

---

<sup>1057</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 159. En su opinión «no parece legítimo que un alto cargo se prevalga de su elevada posición para percibir suplementos de ingresos por vías alternativas, máxime si se retiene que esos ingresos podrían condicionar su imparcialidad, al proceder de potenciales destinatarios de las resoluciones que adopte en el uso de sus competencias» (Pág. 161).

«enriquecimiento irregular» puede consistir tanto en el aumento del activo, como en una disminución del pasivo y el líquido real que resulte de balancear bienes, por un lado, y deudas y cargas, por el otro. Así lo pondera la LCI cuando al desarrollar la obligación de presentar «declaraciones patrimoniales integrales» establece que ésta debe ser comprensiva de la «totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones»<sup>1058</sup>.

**Cuando los hechos acusan, será el alto cargo quien deba explicar todos aquellos aspectos de su privacidad o intimidad que resulten necesarios para librarse de la sospecha pues la asunción del cargo público comporta el deber de especial pulcritud y claridad.** Y es en este sentido que la comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta, o cuanto menos aproximada, entre los bienes que posee y los que como administrador pueda justificar. Cuando esa correspondencia no existe se daña en primer término la imagen de ellos como servidores públicos, luego la de la Administración y, finalmente, se quiebra la confianza ciudadana. Como se dijo, citando a Bustos Gisbert, el alto cargo debe estar en condiciones de demostrar su respeto a la ley en cualquier momento<sup>1059</sup>.

Por tanto, **lo que busca la LCI es proteger el interés público, concretamente, por las cualidades que deben poseer los agentes, tales como honestidad y desinterés, que se traducen no sólo en el desempeño de su labor sino en aspectos de su vida privada.** En cierta forma se trata de devolver una imagen de austeridad, entendida como la que transmite la idea de que durante la función los gobernantes y altos

---

<sup>1058</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 12 «Declaración de bienes y derechos».

<sup>1059</sup> Véase en la página 385.

cargos han tenido un desenvolvimiento acorde con los ingresos percibidos como agentes del Estado. Esta imagen se lesiona por el sólo hecho de no rendir cuentas adecuadas (omitiendo presentar la declaración o datos que ésta deba contener) o bien por permitir que los administrados perciban por sí mismos un cambio sustancial y no justificado en su patrimonio.

Y así como es necesario revisar la evolución patrimonial, también lo es el vigilar su conformación teniendo en cuenta que hay una terminante prohibición para los altos cargos de mantener participaciones societarias en empresas contratistas con el sector público<sup>1060</sup>. Se trata, en rigor de una interdicción de poseer, que exige que en caso de poseerlas al asumir el cargo, se desprenda de ellas en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Y en el supuesto de que la participación conflictiva se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de ella en ella en el plazo de tres meses desde su adquisición. Por ello, para Meseguer Yebra, el artículo 6 contiene una peculiar incompatibilidad ya que describe un supuesto que no consiste en la realización de una actividad, sino en la posesión

---

<sup>1060</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 6 «Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias». Artículo 6. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias que establece: «1. Los titulares de los cargos previstos en el artículo 3 no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. 2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación. 3. En el supuesto de que la persona que sea nombrada para ocupar un puesto de los comprendidos en el artículo 3, poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de tres meses desde su adquisición. Dicha participación y posterior transmisión serán, asimismo, declaradas a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales en la forma que reglamentariamente se determine».

de un haber, un patrimonio<sup>1061</sup>. Ocurre aquí que una particular situación patrimonial privada interesa por cuanto habilita ab initio la sospecha de que el alto cargo al estar más cercano a su interés privado podrá actuar en perjuicio del interés propio, situación que queda perfectamente atrapada por la noción de «conflicto de interés». Pero no sólo será objeto de control la participación, sino también su posterior transmisión. La documentación relativa a este negocio jurídico será también objeto de declaración.

Finalmente, mientras permanecen en funciones, sólo algunos altos cargos están sujetos a la obligación de contratar con una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores la gestión de los valores o activos financieros de los que sean titulares<sup>1062</sup>. De esta forma, aparte de presentar legalmente la necesidad de conocer y controlar una cuestión privada [*i.e* posesión de un bien] que, por tanto, se transforma en un tema de «relevancia pública», hay asimismo una intervención legal en el derecho de propiedad.

#### 4.2.3. El control *después* del cargo

La LCI dispone de una serie de controles que por su expansión obliga a replantear los límites de la categoría de «persona pública», tal como fueron precisados en el primer capítulo. Uno de estos controles es el del art. 8 cuando impone restricciones no a quien administra el poder público, sino a quien lo administró en el pasado y veda, en algunos

---

<sup>1061</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 117. El autor se refiere a este imperativo como «interdicción de no poseer».

<sup>1062</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 13. Véase en la página 562 y ss. «El sistema de control y gestión de activos y valores financieros»

casos, el trasvase del agente público al mundo empresarial<sup>1063</sup>. El precepto fija un período de dos años posteriores al cese para que los miembros del Gobierno y altos cargos se abstengan de desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. Luego, el art. 11 los obliga a incluir en la «declaración de actividades al cese» aquellas que vayan a realizar en el futuro y en ese período de tiempo o bien remitir posteriormente la comunicación. El celo en conocer las actividades privadas de los ex agentes radica en el riesgo de daño para el interés general. En este caso el riesgo de perjuicio se traduce en desigualdad de condiciones para competir en el mercado, que la actividad privada de quien fue cargo pudiera infligir en otros partícipes en el tráfico económico, que quizás no puedan disfrutar de personal dotado de tan privilegiado bagaje; un bagaje al que el antiguo cargo accedió exclusivamente en razón de su condición «pública», a su vez orientada únicamente al interés general<sup>1064</sup>. Pero el daño al interés general no estriba en que el antiguo cargo se llegue a lucrar de sus conocimientos y experiencia. Ellos lo acompañarán siempre y el paso del tiempo producirá una paulatina «inocuidación» de tales conocimientos y experiencias. Por eso se fija una «período de enfriamiento» durante el cual quedan vedadas para gobernantes y altos cargos las actividades antes referidas. Fuera de este período, el ex agente se vuelve un «simple súbdito» que no debe rendir cuentas de sus elecciones profesionales o laborales. Su actividad profesional, mercantil o laboral privada será entonces una cuestión verdaderamente «privada», en principio, sin trascendencia pública. La proporcionalidad de

---

<sup>1063</sup> En cuanto a la extensión del control, el Preámbulo de la «ley de conflicto de intereses» anuncia que «Otro aspecto en el que la Ley ha querido introducir un control adicional es el del desempeño por actividades privadas de los altos cargos, cuando éstos cesan en los mismos, de forma que en la Ley se establecen nuevas garantías para que durante el ejercicio del cargo público no se vea afectada su imparcialidad e independencia, sin perjuicio de la jerarquía administrativa. Es especialmente relevante el hecho de que a las empresas privadas que contraten a alguna de las personas que hayan tenido la condición de altos cargos, incumpliendo las limitaciones que la Ley establece a tal efecto, se les prohibirá contratar con las Administraciones Públicas durante el tiempo en el que se mantenga la limitación para el alto cargo».

<sup>1064</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 172.

la medida se ve resguardada por la previsión de regímenes transitorios de retribución a favor de algunos altos cargos salientes<sup>1065</sup>. Aquí el interés público acompaña al agente aún cuando éste dejó atrás la función y se predispone a reinsertarse en la vida económica. El tema es, por cierto, de trascendental importancia. De hecho, para Sabán Godoy esta incompatibilidad posterior es la «incompatibilidad por excelencia»<sup>1066</sup>. El control de este trasvase, que ahora reclama el artículo 8<sup>1067</sup>, era un reclamo unánime en la doctrina española. Ya, en relación a la Ley 53/1984 decía que lo más contradictorio del sistema de incompatibilidades era el desconocimiento de la incompatibilidad por excelencia, la que se produce cuando un funcionario, normalmente de muy elevado rango, se traslada

---

<sup>1065</sup> Presidentes del Gobierno, vicepresidentes y ministros [RD 405/1992].

<sup>1066</sup> Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Ob. Cit., Pág. 33.

<sup>1067</sup> El art. 8, de la Ley 5/2006, de 10 de abril, establece las «Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese». Así dispone: «1. Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. A estos efectos se considera que existe relación directa cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho: a) Que los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades, b) Que hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades. 2. Los altos cargos, regulados por esta Ley, que con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas, a las cuales quisieran reincorporarse, no incurrirán en la incompatibilidad prevista en el apartado anterior cuando la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a éste. 3. Durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 por 100 contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas. 4. Las personas que hubiesen desempeñado alguno de los altos cargos comprendidos en el artículo 3 deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el primer apartado de este artículo, ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 15, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio. En el plazo de un mes la Oficina de Conflictos de Intereses se pronunciará sobre la compatibilidad de la actividad a realizar y se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad en la que fuera a prestar sus servicios. 5. Cuando la Oficina de Conflictos de Intereses estime que la actividad privada que quiera desempeñar una persona que hubiera ocupado un alto cargo vulnera lo previsto en el apartado 1, se lo comunicará al interesado y a la empresa o sociedad a la que fuera a prestar sus servicios, que formularán las alegaciones que tengan por convenientes. Analizadas las alegaciones, la Oficina propondrá la resolución que proceda. 6. Durante los dos años posteriores a la fecha de cese, aquéllos que reingresen a la función pública y presten servicios retribuidos mediante honorarios, arancel o cualquier otra forma de contraprestación económica a personas físicas o jurídicas de carácter privado se inhibirán en todas aquellas actuaciones privadas que guarden relación con las competencias del alto cargo ejercido».



profesionalmente a una entidad privada que tuvo relación con su cargo, generalmente en concepto de beneficiaria. En sus palabras: «Los ejemplos se multiplican y aparecen a diario en los medios de comunicación, algunas veces en una entrevista al afectado en el que éste hace gala de su nueva dedicación, sin que se conozca un solo caso en que se haya producido actuación alguna contra este funcionario»<sup>1068</sup>. También, González Pérez, citando las memorias de Niceto Alcalá-Zamora Torres, afirmaba que la práctica de dejar «entornadas» las puertas de los despachos, oficinas o estudios cuando salen por ellas para desempeñar un cargo incompatible es algo que viene de antaño [los anglosajones hablan de *revolving door* –puerta giratoria–, o los franceses de *pantonflage* –paseo en zapatillas de casa–]. Y, aunque pueda ser notorio que el que se queda es «persona interpuesta» del que se va a la política o a la Administración, la experiencia nos demuestra en qué medida se dan las dificultades para encontrar pruebas que destruyan la «presunción de inocencia»<sup>1069</sup>. La gravedad de este tipo de conductas lleva a Meseguer Yebra a señalar que el Código Penal deja fuera de la sanción penal supuestos de corrupción tan típicos como entrar al servicio de empresas privadas como recompensa a servicios prestados, aunque se abstengan de actuar –al menos aparentemente– en asuntos en que hubieran intervenido como servidores públicos<sup>1070</sup>. Y, de seguro, no le falta tampoco razón cuando califica como «típica» esta

---

<sup>1068</sup> Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Ob. Cit., Pág. 33. En cuanto al particular, el autor también señala sus sospechas hacia el legislador: «La cobertura normativa de tan anómala práctica, que evidencia comportamientos más que sospechosos, es el defectuoso –se ignora si intencionadamente– tratamiento jurídico que ese proceder grosero recibe en la ley mencionada, pues al ser una incompatibilidad que surge tras cesar como funcionario y no contener la ley otra sanción que no sea la disciplinaria, el comportamiento vicioso permanecerá, casi por fuerza impune» (Pág. 34).

<sup>1069</sup> González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Ob. Cit., Pág. 96. También citado por Meseguer Yebra, *Régimen de conflicto...*, Ob. Cit., Pág. 140.

<sup>1070</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto*. Ob. Cit., Pág. 140. También Villoria Mendieta, en cuanto a la seguridad y control de actividades privadas con posterioridad al cese, refiere que una forma de capturar políticas y decisiones, por parte de empresas, ONG y grupos de interés, es el de ofrecer altos cargos en dichas organizaciones a los responsables públicos para cuando abandonen el gobierno. Para evitar este tipo de situaciones, con toda su carga de conflicto de interés y también de soborno diferido, en las legislaciones de muchos países se establece una prohibición temporal (dos años, por ejemplo) de aceptar empleo en el sector privado una vez abandonado el servicio público, cuando las organizaciones que

forma de corrupción no penalizada. Es una evidencia que los diarios de las sesiones parlamentarias de control sobre la acción política del Gobierno, de las comparencias de altos cargos en las respectivas comisiones y las crónicas periodísticas están bien salpicadas de episodios que, cuando menos, poco a nada tienen que ver con la debida prudencia y discreción que se espera de alguien que ha desempeñado una responsabilidad pública de tal calado<sup>1071</sup>.

En cuanto al patrimonio, también al cese deberán presentar una declaración comprensiva de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones (art. 12.3 LCI). Se suma con esto un nuevo parámetro para la evaluación de la situación patrimonial.

---

ofrecen el empleo dependieron del funcionario correspondiente en decisiones o resoluciones de cualquier tipo (*La Corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 62).

<sup>1071</sup> Entre otros, González, Joaquín, *Los fugitivos de la política*, El País, 5 de mayo de 2008.

## **5. El fin constitucionalmente legítimo perseguido por el sistema de declaratividad de la Ley 5/2006**

El sistema de declaratividad que fija la ley LCI ostenta una dimensión jurídico-constitucional. En línea generales, y prescindiendo de su carácter público o reservado, las exigidas declaraciones de actividades y de bienes tienden a asegurar que no habrá una actuación pública en aras de intereses privados. De hecho es la misma norma la que se ocupa de presentar como su «fin constitucionalmente legítimo» el garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo<sup>1072</sup>. Con ello coincide la doctrina cuando afirma que «la transparencia y publicidad de las actividades e intereses patrimoniales, que se materializan con la creación de registros de bienes y actividades, comunicación de datos e informaciones, creación de órganos ad hoc, etc., a la vez que constituyen un fin en sí mismas, funcionan como un instrumento más para asegurar la imparcialidad»<sup>1073</sup>. Pero más allá de esta constatada intención de reducir el riesgo que lleva implícita la situación de que una misma persona sea portadora de intereses potencialmente contradictorios, la ley propende a impedir, en términos más amplios, que los cargos públicos sean utilizados en provecho personal, anteponiendo intereses particulares a los públicos, sea de la forma que fuere. Ya dijimos que esta subestimada<sup>1074</sup> norma merece un enfoque más generoso y más sincero con su texto. La LCI busca prevenir y detectar algo más que los «conflictos de intereses». Su centro de gravedad lo comparte con la prevención y detección de la comisión

---

<sup>1072</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, párrafo segundo.

<sup>1073</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 44.

<sup>1074</sup> «Los distintos gobiernos que se han ido sucediendo desde la aprobación de la [anterior Ley 12/1995, de 11 de mayo] han presumido con supuesto orgullo de que la normativa española en este campo es de las más exigentes y rígidas en el entorno europeo. La afirmación ha discurrido siempre pareja, paradójicamente, al reconocimiento de cierta flexibilidad en su aplicación e interpretación, lo que ha dado lugar a la tolerancia de situaciones de reconocida dudosa legalidad» (Meseguer Yebra, *Ibidem*, Pág. 41).

de otros actos de corrupción por parte de la elite de la Administración. Por tanto, cuando ella exige que el alto cargo deleve ante las autoridades de control [Oficina de conflicto, Gobierno, Parlamento, Defensor del Pueblo] aspectos de su «intimidad» o «privacidad», se trata un «conflicto» en el que entran en juego, a más del derecho a la intimidad, otros derechos y fines constitucionales. De manera más inmediata, la garantía del servicio al interés general (art. 103 CE) y, en forma mediata, afianzar otro principio constitucional como es la cláusula de Estado Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Se suma a ello que cuando se prevé que las declaraciones se hagan públicas a los ciudadanos, tal como sucede en la actualidad exclusivamente con las declaraciones de actividades, entran en juego otros valores como la «participación ciudadana» y la «transparencia democrática».

**La cláusula del «Estado Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE)** puede amparar una variedad de técnicas, mecanismos e instituciones de muy distinto temperamento. Si bien no hay consenso en cuanto a su interpretación, hay unanimidad en reconocer la ineludible conexión entre este precepto y el párrafo segundo de ese mismo artículo 1 que dispone que «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Se pone de relieve así la idea de que todo poder político tiene su origen y fundamento en el pueblo<sup>1075</sup> y que el proceso de formación de la voluntad política se desarrolla –en principio– de abajo hacia arriba y en beneficio, justamente, de aquel. De ello se sigue que los ciudadanos no son meros objetos sino verdaderos sujetos de la actividad política. Y, de este modo, llegamos a justificar cómo es que la «participación

---

<sup>1075</sup> En rigor, como dijimos, el principio democrático viniera a monopolizar la legitimidad de todos los poderes del Estado. En todo caso, y como se reconoce hoy en forma general, la división de poderes del Estado constitucional, antes basada en una distinta legitimación de cada uno de ellos se ha convertido en un reparto de las competencias del Estado entre órganos fundados en una misma legitimación (López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Revista Documentación Administrativa, N° 215, julio-septiembre 1988, Madrid, Pág. 19).

ciudadana» y la «transparencia» son manifestaciones esenciales de la referida cláusula y que la primera, la participación, presupone a la segunda, la transparencia<sup>1076</sup>. Como afirma Jiménez Villarejo, la construcción del Estado democrático de Derecho tiene, entre sus fundamentos, que los servidores públicos, de todas las categorías, obren al servicio del interés general, que actúen con imparcialidad y objetividad y, por tanto, bajo una taxativa interdicción de la arbitrariedad. Estos principios, constitucionalizados en los artículos 9, 117.1 y 103, son la base de todo el marco normativo que debe prevenir y castigar cualquier forma de corrupción. Porque, en efecto la corrupción, con mayor intensidad la delictiva, es precisamente la negación de estos principios, la subversión de la función pública democrática en cuanto, además de violar la ley, antepone el interés particular al público<sup>1077</sup>.

**La participación ciudadana** resulta un elemento ineludible en la instauración de Estado Democrático de Derecho<sup>1078</sup>. A ella se refieren los arts. 9 y 23 de la Constitución española. En orden a articular un concepto de participación ciudadana lo suficientemente abstracto

---

<sup>1076</sup> **Manifestaciones del principio democrático de directa incidencia en la posición del ciudadano** respecto a los asuntos públicos son los denominados derechos de **participación** administrativa, entre los que pueden citarse la **información pública** y las alegaciones, la formalización de iniciativas o sugerencias. Otras derivaciones del principio democrático con claras implicaciones para la participación social se ponen de manifiesto al enunciar el Texto Constitucional una serie de directivas funcionales que deben regir la actuación administrativa, como se manifiesta en la enunciación de los principio de objetividad e imparcialidad (párrafo primero del art. 103), relativos a la actividad administrativa, el primero, y a los parámetros de actuación de cada servidor público, el segundo. Parámetros de actuación que se completan con otro principio esencial y ciertamente relevante desde la vertiente democrática del Estado y por tanto de la Administración: el **principio de publicidad o transparencia administrativa**, establecido en la letra b) del artículo 105 de la Constitución (...). Ciertamente, el conocimiento conduce a facilitar la colaboración y la asunción de responsabilidades (Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel; Nevado-Batalla Moreno, Pedro T, *Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo*, Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2002, Pág. 365)

<sup>1077</sup> Jiménez Villarejo, Carlos, *La corrupción, una amenaza para la democracia*, Papers Lextra 3, [revista electrónica: [www.lextra.uji.es/papers/](http://www.lextra.uji.es/papers/)], 2007, Pág. 9-18. Y del mismo autor, *Democracia contra corrupción*, en Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet (coord. Miravet Bergón, Pablo; Añón Roig, María José), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, Págs. 137-150.

<sup>1078</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *La participación en el Estado Social*, *Actualidad Administrativa*, Núm. 5, 1987, Págs. 225-239, y Sánchez Blanco, Angel, *La participación como coadyuvante del Estado, social y democrático de Derecho*, *Revista de Administración Pública*, Núm. 119, 1989, Págs. 133-171, ven en la participación ciudadana un elemento necesario en la instauración del contenido social y democrático de nuestro Estado.

como para dar cabida a la diversidad de su contenido<sup>1079</sup>, se han ensayado tradicionalmente por la doctrina unas nociones generalistas de ésta que confluyen en mayor o menor medida en dos piezas nucleares: en primer lugar, desde el punto de vista del objeto, está claro que se trata de una acción positiva consistente en intervenir, concursar, tomar parte en las decisiones, actividades o asuntos públicos, y en segundo lugar, desde la óptica subjetiva, hay una normal coincidencia en exigir que la acción de participar debe ser realizada por el ciudadano en cuanto tal, no como individuo titular de derechos subjetivos propios, sino como parte de la colectividad y portador de intereses sociales y colectivos<sup>1080</sup>. Un sector de la doctrina la vincula, fundamentalmente a los procesos decisionales. Participar es «influir en la toma de decisiones»<sup>1081</sup>. Pero el ámbito propio de la participación no tiene porqué ser

---

<sup>1079</sup> Santamaría Pastor, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., Pág. 247, concluye que la participación no podría entenderse como un concepto unitario, sino como un principio o tendencia política de contornos abiertos y difuminados.

<sup>1080</sup> García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 83-85, excluye del fenómeno participativo ciertas intervenciones de ciudadanos en la Administración como es el caso de los funcionarios públicos o contratados laborales, contratistas, concesionarios, etc. precisamente debido al hecho de que éstos no actúan ni libre, ni voluntariamente en la apreciación del interés general en cuestión. Véase al respecto también Sánchez Morón, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Revista de Administración Pública, Núm. 89, 1979, págs. 173 y ss. Considera que todas y cada una de las instituciones de Derecho público tenderán a explicarse desde el punto de vista de la participación, siendo ésta un referente inexcusable, por ejemplo, en la teoría de la crisis del Estado liberal y la consiguiente superación de la democracia política representativa como única vía de legitimidad del poder; igualmente conecta la participación con conceptos tales como la soberanía popular, la dignidad de la persona, el pluralismo democrático, la libertad, la igualdad entre las personas, etc. Véase también, Baño, Rodrigo, «Consideraciones acerca de la participación ciudadana», Primer Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de políticas Públicas, Santiago de Chile, 1997.

<sup>1081</sup> Se plantea desde el problema del control de la propia legitimidad de las decisiones administrativas, especialmente cuando la Administración Pública actúa bajo la cobertura relativa de una potestad discrecional. En estos casos, los criterios para la formación de la voluntad del órgano administrativo quedan a merced de las circunstancias coyunturales, siendo el modo habitual mediante el cual la autoridad administrativa llega a monopolizar la definición del interés público en cuestión. Las disfunciones de esta práctica monopolística es la que justifica prioritariamente la inserción de las demandas de los ciudadanos en los procesos decisionales. De ese modo, a través de la participación real de éstos durante la fase administrativa de interpretación y valoración del asunto público, es como se garantizaría la adecuación de la decisión final al cuerpo social destinatario. Se trataría, en definitiva, de alcanzar mediante una Administración participada, la objetividad requerida constitucionalmente, si por ésta debemos de entender la recepción de los intereses generales de los ciudadanos y posterior adecuación de toda actuación administrativa a su objeto que no es otro que el servicio y satisfacción de aquéllos (Ceballos Moreno, Manuel, *Una aproximación al régimen jurídico de la participación ciudadana en la*

el exclusivamente el de la «decisión». **El ciudadano participa tanto en la toma de decisiones, como ejerciendo controles.** Precisamente, uno de los mecanismos institucionales que canaliza este último modo de participación es la **rendición de cuentas** que, a su vez, se vale de diversos medios. **El sistema de declaratividad es uno de ellos.** Este impone a gobernantes y altos cargos dar cuenta de sus actividades, intereses y bienes como forma generar confianza en que su actuación servirá a los intereses generales. En este caso los «altos cargos» no van a rendir cuentas de «actos de dirección política» sino de asuntos personales de relevancia pública e interés político, en tanto y en cuanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo asumido<sup>1082</sup>. Y así como es un derecho de los ciudadanos, también es una obligación de los poderes públicos facilitar esa participación de todos los ciudadanos en la vida política.

Por otro lado, la información rigurosa y permanente al ciudadano acerca de las actuaciones de los poderes públicos que afectan a los intereses generales, se considera requisito previo para una efectiva participación en los asuntos públicos<sup>1083</sup>. **La publicidad** entendida entonces como principio esencial de toda acción administrativa, se fundamenta

---

*Administración pública –Especial referencia al sector medioambiental–*, Actualidad Administrativa, Nº 43, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 2001).

<sup>1082</sup> Véase en la página 308 y ss. «La Responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos en los términos de la Ley 5/2006 de Regulación de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado».

<sup>1083</sup> Así vemos como es un tema que destaca en la actualidad jurídica el análisis de los programas de participación ciudadana en materia de urbanismo, donde se presenta el derecho de información como forma de participación. Véase García Valderrey, Miguel, *El derecho de información como forma de participación ciudadana en la fase de elaboración de los instrumentos de planeamiento*, Práctica Urbanística, Nº 91, Sección Práctica Profesional, Marzo 2010, pág. 8, Editorial LA LEY. En el trabajo se analiza concretamente, los derechos de información que corresponden a los ciudadanos en materia urbanística, expresados como forma de participación en la actividad urbanística, y que se concretan en diferentes instrumentos como son: los medios de información pública de la administración en materia de urbanismo, el derecho de información escrita del ciudadano en el ámbito urbanístico, el derecho de acceso a archivos y registros de los ciudadanos en general, las oficinas de información urbanística o los instrumentos de publicidad de las sesiones de los órganos cuando aborden aspectos relativos al urbanismo.

en el derecho de los ciudadanos al acceso a los registros y archivos administrativos (arts. 105.b) CE y 35.h) y 37 LRJAP)<sup>1084</sup>.

**La democracia es un sistema que por definición se presupone transparente** en la medida en que, al menos en principio, el poder y sus órganos no deberían tener apenas secretos para los ciudadanos<sup>1085</sup>. Entendiendo por transparencia el acceso ciudadano oportuno, suficiente y garantizado a información relativa al desempeño de funciones públicas. Y de esa «transparencia del poder» es de lo que se trata. Pues, en definitiva, aún cuando son los Registros gestionados por la autoridad administrativa los que contienen las declaraciones de actividades y bienes, estas no plasman –en principio– información sobre una actuación de la Administración misma<sup>1086</sup> sino sobre cuestiones privadas (de relevancia pública) de los agentes que administran el poder estatal. Lo que hay que tener muy en cuenta a la hora de evaluar la importancia del control, es que en el caso de los Gobernantes y altos cargos es especialmente necesario proteger la imparcialidad, independencia y servicio al interés público. Se trata de cargos políticos en los que se constata una peligrosa conjunción de poder y mantenimiento de la relación de partido o personal<sup>1087</sup>. Precisamente, apuntamos que dos características comunes que exhiben todos los sujetos involucrados en el catálogo de la norma: **i)** que en tanto designados fuera de las condiciones

---

<sup>1084</sup> El carácter servidor de la información administrativa respecto de la participación, es subrayado, entre otros, por Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *La participación en la Administración Pública –Principios y límites–*, en Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, 2000, Pág. 209; Sánchez Morón, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Ob. Cit., Pág. 201. Acerca de un estudio monográfico sobre el derecho de acceso a los archivos véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997 y Pomed Sánchez, Luís Alberto, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

<sup>1085</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Vol. I, Ob. Cit., Pág. 122.

<sup>1086</sup> Sí contiene información sobre la actuación de la Administración en los procesos de autorización de las actividades compatibles y las que se van a desarrollar tras el cese en el cargo.

<sup>1087</sup> Véase en la página 253 y en la página 248, respectivamente.



de mérito y capacidad ocupan puestos especialmente vulnerables al conflicto de intereses pues por su «relación fiduciaria» el origen de su nombramiento está en una relación personal o en una relación de partido; y **ii)** que, como resultado de la especial posición funcional que ocupan en la alta administración estatal, de quererlo, puedan beneficiarse, ellos mismos o tercetos, con una manipulación interesada de los resortes del propio orden establecido. **Este peligro se constituye en una vulnerabilidad singular a la corrupción. A diferencia de los funcionarios, desde luego también expuestos, los altos cargos se encuentran demasiado amarrados al poder político.** En este **singular contexto de «sospecha», la «Ley de conflicto de intereses» propicia la puesta en marcha del principal instrumento democrático: la rendición de cuentas.** Y su forma de hacerlo es recabando (y, eventualmente) poniendo en disposición de la ciudadanía aquellos datos que permitan controlar y juzgar que el alto cargo no es permeable a sus propios intereses. La subversión hacia lo público es exactamente lo que interesa como uno de sus objetivos a la normas de conflicto de intereses y declaratividad de bienes y actividades. Se trata, en todo caso, de asegurar que las manifestaciones concretas del poder estatal no respondan a las especulaciones y beneficios particulares de algunos y que, por otro lado, los gobernados sean capaces de acción y de juicio intenso respecto de sus gobernantes y esto –entiéndase– no puede concretarse si no es permitiéndoles acceder al control<sup>1088</sup>. La participación de los ciudadanos en el control es una técnica elemental para hacer operativo el principio de responsabilidad política. Por tanto, tenemos que el tipo de información que ofrece la LCI pretende legitimar la democracia. Ya vimos que a diferencia de lo que ocurre con otros agentes, en el caso de los gobernantes y altos cargos, su control y la participación ciudadana en ese control tiene una función legitimadora de su poder. Los

---

<sup>1088</sup> Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Ob. Cit., Pág. 249.

gobernantes y altos cargos ejercen un poder legítimo en la medida es que los ciudadanos puedan controlar ese poder. Hay, en definitiva, en el sistema de declaratividad de actividades y patrimonio un fin de abrir los controles y dar oportunidad al ciudadano a participar de ellos, y al hacerlo, a participar en los asuntos públicos. Cuanto mayor sea la participación de los ciudadanos en el control de los gobernantes [incluyendo aspectos de su vida privada], mayores cuotas de democracia se alcanzarán.

## **6. La neutralización del sistema de control y el indebido tratamiento del derecho a la intimidad**

Sabemos que la LCI dispone una «intervención legislativa» sobre el derecho a la intimidad de los gobernantes y altos cargos en cuanto les exige que declaren formalmente sus actividades y patrimonio privado, siendo irrelevante en este sentido el hecho de que el contenido de esas declaraciones esté sólo disponible para pocos órganos del Estado o que lo esté para la ciudadanía general, pues lo que protege es que aquellas materias que han de permanecer en reserva frente a todos, incluso frente a la autoridad. **La pieza clave para saber qué tratamiento da a este derecho la LCI está en el régimen de registros.** Las declaraciones juradas de actividades [inicial, de cese y la que corresponda –eventualmente– durante el ejercicio<sup>1089</sup>] son depositadas y gestionadas por el «**Registro de Actividades**», de carácter «público», que se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y por el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>1090</sup>. Por el contrario, las «declaraciones de bienes y derechos» se depositan en el «**Registro de Bienes**»<sup>1091</sup>, que contiene las declaraciones iniciales y de cese de carácter «reservado» presentadas por el alto cargo y aquellas que «voluntariamente» hubiere, por medio de este, presentado el cónyuge. Al registro tendrán acceso, además del propio interesado:

---

<sup>1089</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 11 («Declaración de actividades»)

<sup>1090</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 14.2 («Registros»).

<sup>1091</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 14.3 («Registros»).

**i)** El Congreso de los Diputados y el Senado: de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.

**ii)** órganos judiciales: para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el registro, de conformidad con lo dispuesto con las leyes procesales; y

**iii)** El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro.

La excepción al carácter reservado viene dada por el art. 14.4 que dispone una publicidad «censurada» de las declaraciones de bienes de los Miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado. Estas declaraciones se publican todos los años [desde que trasnochadamente entró en vigencia el Reglamento] en el «Boletín Oficial del Estado». La «censura» se impone –según la ley– para la «salvaguarda de la privacidad y seguridad de sus titulares»

El órgano competente para la llevanza y gestión de estos registros es la «Oficina de Conflicto de Intereses», en la actualidad adscripta orgánicamente al Ministerio de la Presidencia, y que actúa con plena autonomía funcional<sup>1092</sup>. Es esta oficina la encargada de exigir, en primer término, la rendición de cuentas de Gobernantes y altos cargos en cuanto al debido cumplimiento de las obligaciones que impone la LCI. Es también la responsable de la seguridad, indemnidad de los datos y documentos que ella contenga. Asegurando la

---

<sup>1092</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 15 («Órgano de gestión»).

confidencialidad, el art. 15.3 recuerda que el personal que preste servicios en la oficina debe mantener en secreto los datos e informaciones que conozca en razón de su trabajo.

El carácter diferencial que se adjudica a los registros, algunas exigencias y otras desvinculaciones, nos llevan a pensar que la LCI hace un tratamiento de la intimidad incorrecto, aunque no puede decirse que las falencias detectadas sorprendan. Históricamente la normativa de incompatibilidades ha caído en errores o descuidos que mermaron, en la práctica, la concreción de sus objetivos. Así, por ejemplo, para García Mexía, los fundamentos y metas enunciados por las sucesivas normas de incompatibilidades se vieron siempre viciados por la hipocresía del legislador, quien introduciendo en su seno variadas excepciones, privó a la normativa de gran parte de su eficacia<sup>1093</sup>. Olías de Lima, ya en relación al Real Decreto de 12 de octubre de 1923, primera norma española sobre incompatibilidades de los altos cargos del Gobierno y de la Administración, decía que Primo de Rivera emitió esa primera ley con un propósito evanescente: para mostrar su compromiso con la regeneración social y política del país<sup>1094</sup>. Y, finalmente, Bustos Gisbert nos llama la atención sobre los fines de «marketing político» de muchas normas que pretenden mejorar la moralidad de los gobernantes. A la superficialidad de éstas, suma aquellas que, finalmente adoptadas, caen en la fatiga ética de sus órganos impulsores. Tal los casos de las medidas del primer Gobierno de Rodríguez Zapatero aprobando un código ético gubernamental, la normativa específica de conflicto de intereses o el Código ético asumido por el Partido Popular de Aznar en 1993 y reformulado tras diversos escándalos. Y aunque se ocupa de señalar que en el año 2005

---

<sup>1093</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 104.

<sup>1094</sup> Olías de Lima, B., *Las incompatibilidades de los altos cargos*, Ob. Cit., Pág. 127. La norma era, por cierto, una novedad. Fue así que a partir del año 1923 la legislación española incluyó decididamente la regulación de las incompatibilidades privadas, desde entonces ya siempre en combinación con la de las incompatibilidades públicas. El comienzo de esta segunda gran etapa coincidió con los días iniciales del Directorio Militar del General Primo de Rivera.

saludó las citadas medidas de Rodríguez Zapatero como «esperanzadoras, pero con un largo camino por delante»<sup>1095</sup>, bien opina ahora que «desgraciadamente el largo camino no ha sido recorrido ni en la teoría ni en la práctica». Que no le falta razón lo demuestra un hecho incontrovertible. La última ley de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado se publicó en el BOE el 11 de abril de 2006. Muchas de sus disposiciones quedaban en suspenso hasta el dictado de un reglamento. La «Disposición Final Primera» que regulaba sobre la «Facultad de aplicación y desarrollo» dispuso que el Gobierno debía aprobar en el plazo de cuatro meses<sup>1096</sup>, contando desde la fecha de entrada en vigor de la ley, las normas reglamentarias que exigían su desarrollo y aplicación<sup>1097</sup>. Pero el reglamento no se dictó ni antes del 1 de septiembre, ni tampoco a lo largo de todo el año 2006. Y no fue sino hasta que los reclamos se sucedieron y los medios de comunicación, que también tardíamente empezaron a recordar a la opinión pública su ausencia, que el 27 de marzo de 2009, se aprobó el Real Decreto 432/2009 y se publicó en el BOE el 14 de abril de ese mismo año. Los cuatro meses de la ley se convirtieron en tres años de espera para dar vida plena a un texto que se entendía como fundamental para el Gobierno, que de hecho lo incluyó en su programa político, como para la ciudadanía. E insistimos en este detalle: la ley entró en vigor el 1 de mayo de 2006, pero las primeras declaraciones de bienes de los miembros del gobierno se publicaron en el BOE [conforme estaba ordenado desde entonces] el 15 de

---

<sup>1095</sup> Se hace referencia al artículo «Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario», Pág. 153 ss.

<sup>1096</sup> Tampoco coincide con el mandato del reglamento que en el art. 13 establece que «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, anualmente, *antes del 30 de septiembre*, se procederá a publicar en el Boletín Oficial del Estado el contenido de las declaraciones de bienes, derechos y obligaciones patrimoniales...»

<sup>1097</sup> La Ley 5/2006, de 10 de abril, se publicó en el BOE el 11 de abril de 2006. Su entrada en vigor se estipuló a los veinte días de su publicación («Disposición final tercera»).

octubre de 2009. En suma, **desde el dictado de la ley hasta que se dio a conocer a la ciudadanía la composición del patrimonio de los gobernantes, transcurrieron tres años y cinco meses.** Para un mandato programado de cuatro años, demorar esta forma de rendición de cuentas durante el ejercicio en todo ese tiempo es un hecho políticamente cuestionable. Y fue así como ese 15 de octubre de 2009, y tras la espera, los ciudadanos comenzaron el día siendo informados por los medios de comunicación sobre –por ejemplo– que el patrimonio del Presidente «sólo» ascendía a 209.206 euros<sup>1098</sup>. Supieron también que el patrimonio estaba conformado, por ejemplo, por un pasivo que duplicaba el valor de sus bienes inmuebles. El gobernante declaraba un pasivo de € 80.847,89 y bienes inmuebles por un valor de € 37.258,67; y los valores de los bienes inmuebles habían sido expresados siguiendo su «valor catastral»<sup>1099</sup>, detalle que ayudó a comprender mejor la situación. **En otras palabras: había ocurrido que para que los ciudadanos contaran con los datos necesarios para evaluar la magnitud y evolución del patrimonio de los altos cargos y gobernantes se había decidido no recurrir a un valor real sino a un**

---

<sup>1098</sup> Véase ElConfidencial.com, 26 de noviembre de 2009, bajo el titular «Rubalcaba, Garmendia y Sebastián, los ministros más ricos; Zapatero «sólo» tiene 209.206 euros». Se afirma «El valor catastral de los bienes inmuebles de Rodríguez Zapatero asciende a 37.258,67 euros, a los que se suman otros 171.947,46 euros de otros bienes, lo que hace un total de 209.206,13 euros, mientras que en créditos, préstamos y deudas acumula un total de 80.847,89 euros». ELPais.com publica en esa misma fecha «El presidente Zapatero tiene un patrimonio de 209.206 euros. Garmendia es la ministra con mayores bienes, por delante de Sebastián y Rubalcaba, aunque también es la que más debe.- Chaves y Aído cierran la lista». Por su parte PUBLICO.es titula «Garmendia acumula un patrimonio casi 24 veces superior al de Zapatero».

<sup>1099</sup> El pedido de la ley de la declaración tiene una vocación de «universalidad», es decir, de transparentar todo el patrimonio adecuadamente y de modo que permita el escrutinio. En efecto, solicita su presente una declaración «comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones», agregando que «contendrá por lo menos». Ello remite a una idea de mínimo contenido. Si a esta idea de universalidad, sumamos que el deber de los gobernantes y altos cargos es cumplir la ley con ejemplaridad, buscar un cumplimiento exquisito de sus obligaciones tanto como particulares como servidores públicos, esta norma de auto gobierno no se condice con los términos del reglamento que se conforma o tolera al parecer declarar conforme a un valor tan ficticio como lo es el de «tasación fiscal». **Retacean en la transparencia.** ¿Qué idea de patrimonio puede dar la «valoración catastral»? **Si la Administración Pública ha de actuar de acuerdo al principio de eficacia, debería también cuidarse de ser tan eficaz al exhibir las declaraciones de sus agentes.**

«valor irreal por definición»<sup>1100</sup>. Téngase en cuenta que en el ámbito tributario se señalan las carencias del parámetro, caracterizado por la doctrina como «obsoleto». Dos hechos justifican suficientemente que se le aplique el adjetivo: en primer lugar que el valor catastral es, con suerte, el 50% de un presunto valor de mercado, y, en segundo términos, resulta un valor histórico que, aunque debiera ser revisado cada diez años, rara vez se cumple. En este sentido, al menos hay que reconocer la coherencia de la reciente legislación que prevé la publicidad de las **declaraciones patrimoniales de los Parlamentarios**, pues aún cuando para el caso de todos los restantes bienes y obligaciones reclama que se exprese su valor en euros, no lo hace con los inmuebles. **Se prescinde abiertamente de su valor, catastral o de mercado**. Se conforma con que se exprese si es piso, vivienda, etc., en que provincia está ubicado, fecha de adquisición y derecho o título que se posee sobre el mismo. Si el diputado o senador a invertido en su compra un euro o un millón es un dato, para ella irrelevante<sup>1101</sup>.

Y sí, efectivamente las normas de incompatibilidades y conflictos de intereses parece que continúan siendo ese tipo de «reglas con trampas». Aunque sería malintencionado pensar que se explica con ello cabalmente la realidad política que acabamos de describir, no está demás pensar en las reflexiones que hace Villoria Mendieta a través de la teoría del premio nobel de economía Thomas Schelling. El primero recoge la pregunta que subyace a todo el desarrollo que acabamos de hacer y que iniciamos con el

---

<sup>1100</sup> Banacloche Pérez, Julio, *La derogación automática del valor real*, Impuestos, N° 8, 2007, Pág. 15. También se dijo que es un medio de valoración poco perfeccionado al no valorar correctamente la singularidad del inmueble (Cardona, Marcos, *La Comprobación de Valores de Inmuebles*, Dijusa, Madrid, 2002, Pág. 72).

<sup>1101</sup> Véase «Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de junio de 2011, por el que se modifica el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de diciembre de 2009, por el que se aprueban normas en materia de Registro de Intereses para dar cumplimiento a lo establecido en la reforma del artículo 160.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», modelo que se acompaña como anexo.



reconocimiento de que «históricamente la normativa de incompatibilidades o conflictos de intereses ha caído en errores o descuidos, y dice **¿Cuáles son los motivos de la existencia, frecuentemente difícil y precaria, de las normas sobre conflictos de interés?**» Thomas Schelling –se nos cuenta– estudió el incoherente comportamiento de los seres humanos, especialmente en relación con sus dificultades para aceptar el retraso de las recompensas que creen merecer, y concibió lo que denomina «lucha íntima por el autocontrol». Este término quiere explicar el motivo de esas incoherencias. Los seres humanos se comportan como si dos personas diferentes estuvieran tomando decisiones, de acuerdo con dos momentos muy diferentes: cuando pensamos fríamente en lo que hace falta hacer y cuando tenemos que hacerlo<sup>1102</sup>. Para nuestros propósitos, explica Villoria Mendieta, esto quiere decir que dentro de un mismo líder político o alto cargo con poder de decisión actúan dos personas diferentes. Mientras trabajaba en la oposición, era un individuo racional y patriótico que abogaba por la adopción de políticas y normativas más estrictas sobre los conflictos de intereses; una vez en el gobierno, se transforma en otra persona, retrasando las decisiones que limitan el uso de un cargo público en beneficio propio, aunque es consciente de que se retraso perjudica a su país y deslegitima la política. El primer individuo actúa racionalmente, adoptando lo mejor para su país y el bien común; el segundo actúa egoístamente, buscando lo que considera mejor para él, para fortalecer su red de apoyos políticos, comprar apoyos y evitar conflictos con sus partidarios. Con frecuencia, los seguidores y los partidarios rechazan las normativas sobre conflictos de intereses porque consideran inaceptable que la legislación los obligue a ser más transparentes y a exponerse más al escrutinio del público, de los medios y de la

---

<sup>1102</sup> Schelling Thomas, *Choice and consequence: Perspectives of an errant Economist*, Cambridge, Harvard University Press, 1984. Véase también *La estrategia del conflicto*, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

oposición<sup>1103</sup>. Pero más allá de que no podemos compartir plenamente la opinión de Villoria Mendieta, **consideramos que semejantes errores, descuidos y fallos como los que mencionamos [y mencionaremos en lo que resta de este capítulo] parecen concebidos para el fracaso de las de normas y se explican desde la escasísima interiorización que los políticos en general, y en especial altos cargos gobernantes registran de los deberes que se derivan de su especial estatus jurídicos. Más concretamente de dos de ellos que ya tratamos con detenimiento. En primer lugar, de la obligación de rendir cuentas de cómo ejercen el poder y que una de las formas de hacerlo es, precisamente, explicando por los medios necesarios de manera eficaz y transparente, las actividades privadas que desarrollan y la composición y evolución de su patrimonio<sup>1104</sup>. La segunda obligación no interiorizada es la de ofrecer una imagen de servidores públicos y éticos, en virtud de la cual deben devolver una apariencia de un cumplimiento exquisito del ordenamiento jurídico y recrear un retrato del paradigma de lo que es ser ético en la sociedad que actúan y así «moralizar la política». Cualidad que identificamos como «ejemplaridad pública electiva»<sup>1105</sup>.**

---

<sup>1103</sup> Villoria Mendieta, *Manuel, Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, Ob. Cit., Págs. 225-226.

<sup>1104</sup> Véase «Responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos en los términos de la Ley 5/2006 de Regulación de Conflicto de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado» en la página 308 y ss.

<sup>1105</sup> Véase en la página 315 y ss.

## **7. La legitimidad de una eventual exigencia de declaración patrimonial dirigida a la familia del alto cargo**

La LCI reconoce en las actividades, desarrollo y composición del patrimonio del vínculo íntimo del alto cargo una materia cuyo conocimiento reviste trascendencia para la sociedad. Ocurre, sin embargo, que se muestra tan medida [o, tan inoportunamente medida] en hacer valer ese interés público que –como era de prever– estos datos de relevancia pública terminan por quedar en secreto y sobre seguro de la no intromisión y control, no solo de la colectividad en general, sino de la propia «Oficina de Conflictos de Intereses»<sup>1106</sup>.

Que hay un auténtico *interés público* en conocer ciertos aspectos de la privacidad de la familia del alto cargo es una evidencia que se infiere del articulado de la LCI. Veamos:

i) En el Preámbulo anuncia: «la ley refuerza el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener el alto cargo, su cónyuge o persona que conviva en análoga relación de afectividad, así como de determinados miembros de su unidad familiar»<sup>1107</sup>.

ii) Cuando, en la pretensión de evitar aquellas situaciones que pudieran poner en riesgo su imparcialidad, impone al alto cargo la «interdicción legal de poseer» participaciones contratistas con el sector público, establece que este no podrá poseer «por

---

<sup>1106</sup> La «Oficina de conflictos de intereses» debiera, como gestora de los registros de actividades y bienes, ocuparse del seguimiento del patrimonio del agente y de evaluar si, al menos, el contenido material de sus declaraciones se corresponde o no con la realidad. Como dijimos, para ello es imprescindible despejar la sospecha de que aquel agente que, en apariencia muestra un patrimonio «justificado» no está prevaliéndose de su familia para ocultar el dinero mal habido, o bien, que no está omitiendo declarar actividades de aquellos que lo colocan en situación de conflicto de interés. En cuanto a las funciones de la «Oficina de Conflictos de Interés» véase Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Págs. 247-259.

<sup>1107</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, párrafo sexto.

sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas»<sup>1108</sup>.

**iii)** Cuando impone al alto cargo el «deber de inhibirse en procesos conflictivos», esto es, de intervenir en aquellos asuntos en cuyo despacho ya hubiere intervenido, también extiende esa prohibición cuando en el asunto tomó parte [dirigiendo, asesorando y administrando o hubiere tenido alguna participación] «su cónyuge, persona con la que conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado»<sup>1109</sup>.

**iv)** Al exigir al alto cargo la formulación de una «declaración integral de bienes, derechos y obligaciones» (de carácter reservado), dispone también que «voluntariamente su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad podrá formular esta declaración que será aportada por el alto cargo»<sup>1110</sup>.

**v)** Finalmente, cuando regula la obligatoriedad de contratar un «fideicomiso ciego» para ciertos altos cargos, lo establece en relación a los valores y activos financieros de los que sean ellos mismos titulares o que sean titulares «sus cónyuges no separados legalmente, salvo que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, o sus hijos menores de edad no emancipados»<sup>1111</sup>.

Estas referencias normativas nos hablan de dos realidades que parecen inquietar desde el punto de vista institucional. Una de ellas es que una vez asumido el cargo, puede que el agente no subvierta su orden de valores y que llegado el caso, tal como podría hacer

---

<sup>1108</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 6.1 («Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias»).

<sup>1109</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, art. 7.1 («Deber de inhibición y de abstención»).

<sup>1110</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 12 («Declaración de bienes y derechos»).

<sup>1111</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, art. 13 («control de gestión de valores y activos financieros»).

cualquier otro ciudadano, se decante por atender el interés de los suyos antes que el de toda la colectividad. Ya Platón alertaba de que «es contrario a la naturaleza de las artes buscar el bien de algo prescindiendo de su objeto»<sup>1112</sup> y, por cierto, quizás desatender a los intereses de la propia familia fuera una pauta de conducta tan difícil para nuestra cultura hispana que más vale no verse en la encrucijada. Estar en una situación conflictiva es, en sí mismo, un riesgo institucional no autorizado cuando quien debe tomar la decisión es un servidor público. En estos casos sucederá que el riesgo justifica la sospecha de un comportamiento infiel, y a éste le siguen el daño a la imagen, la falta de confianza y, finalmente, la instauración de la prohibición que pretende evitar esta cadena de males. La otra cuestión que inquieta a la norma es el peligro potencial de que el agente que, finalmente y habiendo fallado el mecanismo preventivo, se ha vendido por un precio al sector privado, pretenda escamotear su mal habido «salario» cediendo la titularidad de los bienes obtenidos a otras personas que no tengan relación alguna con el servicio público. Y para ello, nada mejor será que recurrir a la propia familia.

Pero aún cuando la LCI sospecha que estas situaciones irregulares muy probablemente pueden acontecer en la práctica, no se decide por dirigir a la familia del alto cargo exigencia alguna. No obliga a presentar declaraciones juradas ni de actividades, ni de bienes, ni a su cónyuge, ni conviviente, ni hijos, ni personas tuteladas, ni familiares en segundo grado. Tan sólo se limita a invitar al cónyuge o persona con quien aquel conviva en análoga relación de afectividad a que presente una declaración de bienes por medio del propio agente.

Tenemos entonces que la LCI no exige al vínculo íntimo del alto cargo o gobernante la declaración de actividades o patrimonial, no obstante que reconoce que estas

---

<sup>1112</sup> Platón, *República*, 342 BC.

cuestiones, en principio privadas, adquieren relevancia pública a la hora de controlar cómo es que los agentes administran el poder público en nombre de los ciudadanos. Opta por una solución intermedia, entre la ausencia de deberes por parte del cónyuge y la exigencia de declaración ineludible por su parte. La pregunta obligada es entonces *¿por qué, aún cuando sabe que es necesario para la lucha contra la corrupción, la LCI no obliga a los familiares del alto cargo a declarar su «intimidad económica»?* Nuestra respuesta se anticipa en el título de estos apartados: **la LCI hace un indebido tratamiento del derecho a la intimidad del alto cargo y su familia: protege cuando no debiera hacerlo y descuida cuando debiera proteger.** Y aún cuando opinamos que la ley se equivoca, no podemos dejar de señalar que esa afirmación no es incontestable. De hecho, la escasa pero autorizada doctrina nacional que hasta ahora ha analizado la normativa de incompatibilidades y conflicto de intereses felicita el modo en que la LCI desanudó el conflicto entre el derecho a la intimidad y la lucha contra la corrupción. Efectivamente, en opinión de algunos exigir a la familia del gobernante o alto cargo una declaración integral de bienes e intereses resulta desproporcionado puesto que ellos nada tienen que ver con la decisión de aquel de ser hombre público<sup>1113</sup>. Lo piensa así García Mexía y agrega que *«entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada»*<sup>1114</sup>. Su argumento coincide íntegramente con el de García Ferrer. En opinión de este último las mismas circunstancias que en la actualidad evidencian la necesidad de una especial transparencia del político en su renta, patrimonio e intereses justifican que este tipo de informaciones puedan ser publicadas respecto de un

---

<sup>1113</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 262.

<sup>1114</sup> Tal es la afirmación de Pablo García Mexía en *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 192.

familiar o amigo, ya que, ocasionalmente, suelen camuflarse por esa vía los enriquecimientos injustificados. Sin embargo –opina– exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses parece desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con su decisión de ser hombre público. Interesa destacar que ambos autores en sus argumentos hacen referencia a los términos «desproporción», por un lado, y «consentimiento» o «decisión», por el otro. Por esta forma que tienen de razonar el caso es que pensamos que **tanto García Mexía como García Ferrer caen en la incorrección argumental**, ya señalada en el tercer capítulo <sup>1115</sup>, **que consiste en identificar erróneamente el «aspecto trascendental»: en casos como este en que se trata de evaluar la legitimidad/ ilegitimidad de una ley limitadora de un derecho a la personalidad, la pieza clave no hay que buscarla en la decisión o «propios actos» de su titular, sino en la proporcionalidad de la ley que habilita esa injerencia y en la injerencia misma** <sup>1116</sup>. Si la ley respeta el «canon constitucional», el hecho de que el titular desee o no desee soportar esa limitación que es consecuencia de un hecho en el que voluntariamente aquel hubiera participado, es irrelevante. Pero entiéndase bien, «siempre que la ley respete el canon». Sucede, cuando se trata de limitaciones impuestas por los poderes públicos, que la importancia de la voluntad expresa o inferida a partir de los propios actos, se diluye frente a la necesidad de subordinar la protección de la intimidad a intereses públicos. No obstante, fuerza es reconocer que en el caso de García Ferrer, su inicial opinión sobre la eventual «desproporción» de la ley es matizada. Sostiene, recurriendo al ejemplo de la Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de publicidad en el Diario Oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha, la probable conveniencia de adoptar una posición ecléctica. La postura intermedia que

---

<sup>1115</sup> Véase en la página 399 y ss. «Teorías que justifican intromisiones en la intimidad de los altos cargos».

<sup>1116</sup> Véase en la página 445.

propone en consecuencia, en la línea del citado texto legal, es que «sólo el cónyuge, compañero/a sentimental e hijos menores de edad, tengan la obligación de formular declaración sobre concretos aspectos de su patrimonio, siendo optativa la publicación total de sus rentas, bienes e intereses». Sin embargo, ni la síntesis que efectúa se corresponde exactamente a lo dispuesto en el texto legal, ni tampoco parece que la norma asuma, en rigor, una verdadera postura ecléctica como el autor la califica. Adviértase que la ley de Castilla-La Mancha sólo «obliga» al cónyuge y conviviente [no así a los hijos, como se indica] a declarar tres tipos de datos que, por cierto, no parecen merecer –materialmente hablando– la calificación de «íntimos». Estos son: i) Participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades; ii) Empresas o sociedades que dirijan o hayan dirigido, administrado o asesorado; iii) Las actividades desarrolladas en representación de la Administración Regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público. Fuera de estos casos, la Ley 6/1994 de Castilla-La Mancha «reconoce el derecho a que se publiquen gratuitamente en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha las declaraciones de actividades, rentas y bienes de quienes voluntariamente las remitan» cuando se trate de: i) cónyuges, ii) vinculados por análoga relación de convivencia afectiva, y, finalmente, iii) hijos que formen parte de la unidad familiar. Téngase especialmente en cuenta que aún cuando se exige la «declaración de actividades», si ella sólo contiene información sobre actividades profesionales, mercantiles o laborales, su contenido no sería considerado materialmente «íntimo» por el Tribunal Constitucional<sup>1117</sup>. Con todo ello, y tal como adelantamos, no nos parece que la postura de esta norma pueda en rigor calificarse de «ecléctica» en tanto y en cuanto subyace en ella una idea constante de la que hacen gala

---

<sup>1117</sup> Véase STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7 y el apartado «¿Intimidad económica?» en la página 215 y ss.



tantas, y tan equivocadas, leyes de conflicto de intereses o anticorrupción: no es posible limitar el derecho a la «intimidad» del vínculo íntimo del agente público por razones estrictamente vinculadas al desempeño de aquél en el cargo. De lograrse la limitación habría de ser consecuencia de la decisión del titular del derecho.

Frente a este escenario doctrinario, la más reciente obra de Meseguer Yebra vino a romper la unanimidad de posturas. A su entender la nota de voluntariedad en el suministro de información patrimonial dificulta, indiscutiblemente, que puedan supervisarse por la Oficina de Conflicto de Intereses las limitaciones en participaciones societarias del art. 6.1 de la «Ley de conflicto de intereses» [vinculadas a las participaciones de familiares]. El establecimiento de esta limitación –opina– puede resultar ilusorio pues su observancia sólo puede ser comprobada sobre la base de ciertos datos que sólo pueden ser facilitados de manera voluntaria, no coercible, por el titular de los mismos. Como bien justificadamente critica «algo no casa, pues, en todo este sistema»<sup>1118</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de las restantes Comunidades Autónomas las legislaciones no mantienen criterios coincidentes en cuando al tratamiento de la intimidad de la familia de los altos cargos.

Algunas legislaciones autonómicas que de uno u otro modo invitan al cónyuge o conviviente a declarar sus bienes. Así:

i) El Principado de Asturias, previo instaurar para los altos cargos el deber de presentar las declaraciones de «intereses y actividades» y de «bienes», agrega que a esas declaraciones los altos cargos pueden acompañar las relativas a actividades y patrimonio de «su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de convivencia, previo

---

<sup>1118</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflicto de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 218.

consentimiento de los mismos, y a la de sus hijos menores de edad»<sup>1119</sup>. El registro de «actividades e intereses» es de carácter público y el de «bienes», reservado<sup>1120</sup>.

ii) En Cantabria, la Ley 1/2008, de 2 de junio, reguladora de Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos, en su Preámbulo explica que aún cuando el ámbito subjetivo de aplicación es, naturalmente, el de los miembros del Gobierno y altos cargos, no obstante, se ha previsto que las declaraciones patrimoniales sean efectuadas de forma voluntaria también por su cónyuge o persona unida a ellos por análoga relación de afectividad. Se justifica en que ello responde a «obvias exigencias del derecho a la intimidad de personas que no guardan ninguna relación estatutaria con el Gobierno ni ejercen elevadas funciones de responsabilidad en la Administración». La norma prevé dos tipos de declaraciones «de actividades», de carácter público, y «patrimoniales» de carácter privado. Sólo para el caso de estas últimas establece la «invitación» a declarar dirigida al cónyuge y «conviviente»<sup>1121</sup>.

iii) En Cataluña la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, es el alto cargo quien hará constar en las declaraciones respectivas, los bienes o actividades conflictivas que realizan los cónyuges o conviviente y demás familiares hasta primer (en la de «bienes») o

---

<sup>1119</sup> Ley 4/1995, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias, art. 8.

<sup>1120</sup> Ley 4/1995, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias, art. 8.

<sup>1121</sup> Ley 1/2008, de 2 de junio, reguladora de Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos, arts. 14 y 15.

segundo grado (en la de «actividades»), ello siempre que estos lo consientan<sup>1122</sup>. El Registro de actividades es «público» y el de bienes de carácter reservado<sup>1123</sup>.

iv) Finalmente, Madrid obliga a sus altos cargos a formular ante el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales una declaración notarial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, así como de su cónyuge, que voluntariamente se preste a ello y de sus hijos no emancipados<sup>1124</sup>. Este registro es de carácter reservado<sup>1125</sup>.

En una posición ecléctica, Extremadura prevé que realizarán las declaraciones con carácter facultativo el cónyuge, conviviente e hijos<sup>1126</sup>. Tan sólo que en caso de no haber presentado voluntariamente esta declaración, están obligados a formularla el cónyuge y conviviente sobre su participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades, sobre las que hayan dirigido, administrado o asesorado y sobre las actividades desarrolladas en representación de la Administración regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público.

---

<sup>1122</sup> Establece el art. 12 b («Declaración patrimonial y de intereses): declaración de todos los bienes, derechos y obligaciones en los términos que se determine por reglamento, la cual debe referirse también a los bienes, derechos y obligaciones de los cónyuges o convivientes y de los demás familiares de primer grado, siempre y cuando éstos lo consientan».

<sup>1123</sup> Ley 13/2005, de 27 de diciembre, art.14.

<sup>1124</sup> Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Comunidad de Madrid, art. 10.1.

<sup>1125</sup> Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Comunidad de Madrid, art. 14.4.

<sup>1126</sup> Ley 5/1996, de 26 de septiembre, declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura, dispone en su art. 3 que «También realizarán, con carácter facultativo, las declaraciones a que se refiere esta Ley, que se publicarán en el "Diario Oficial de Extremadura" gratuitamente, quienes estén comprendidos en algunos de los apartados siguientes: (...) e) Los cónyuges de las personas enumeradas en los apartados 1, 2 y en los párrafos anteriores del presente artículo, o quienes estuvieran vinculados a ellas por análoga relación de convivencia afectiva, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 de este mismo artículo. f) Los hijos de las personas enumeradas en los apartados 1, 2 y en los párrafos anteriores de este artículo, siempre que formen parte de la unidad familiar (...) 5. Los cónyuges de las personas enumeradas en el apartado 1 o quienes estuvieran a ellas vinculadas por una relación de convivencia afectiva, que no hubieran realizado las declaraciones a que se refiere el apartado 3.e) de este artículo, vendrán obligados a realizar declaración sobre su participación en el capital de todo tipo de empresas y sociedades, sobre las que hayan dirigido, administrado o asesorado y sobre las actividades desarrolladas en representación de la Administración regional, en órganos colegiados o de dirección de organismos o empresas de capital público».

La legislación de la Rioja «exige» que el alto cargo presente la declaración de sus hijos menores de edad no emancipados y, por otro lado, «solicita» la del cónyuge, que el propio cargo deberá aportar<sup>1127</sup>.

La legislación autonómica de Castilla y León establece un único «Registro de Intereses» en que constarán, depositadas en sus dos secciones, «bienes» y «actividades». En las declaraciones notariales de los bienes patrimoniales, se exige a los altos cargos que mencionen las empresas en las que él, su cónyuge e hijos menores tengan alguna participación<sup>1128</sup>.

El caso más llamativo es el de la Comunidad Foral de Navarra. Allí se instauró un «registro de actividades» de carácter público y otro de «bienes y derechos patrimoniales» de carácter reservado<sup>1129</sup>. Su particularidad no consiste sólo en que, directamente, exige a los cónyuges formular la declaración de bienes, sino que hace entregarla por medio del alto cargo. En efecto, la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la

---

<sup>1127</sup> Ley 8/2003, de 3 de marzo, de Gobierno e incompatibilidades, de sus miembros dispone en su artículo art. 58 («Declaración de actividades, bienes patrimoniales e intereses») «1. Los miembros del Gobierno formularán, en la forma que reglamentariamente se establezca, las siguientes declaraciones notariales: a) Declaración de actividades, referida a cualquier actividad, negocio, empresa o sociedad pública o privada que les proporcionen o puedan proporcionales ingresos económicos o en los que tengan participación o intereses; b) Declaración de bienes, referida a los que integren el patrimonio del interesado, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones. 2. Junto a las declaraciones referidas en el apartado anterior se deberán aportar las correspondientes a los hijos menores de edad no emancipados. Igualmente, se podrán aportar, previo su consentimiento, las correspondientes a su cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad...».

<sup>1128</sup> Ley 11/1990, de 28 de noviembre, de creación del registro de intereses de los miembros de la Junta de Castilla y León y de otros cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma, su artículo 4 dispone «Las declaraciones notariales de los bienes patrimoniales deberán mencionar expresamente las empresas en las que el interesado, su cónyuge e hijos menores tengan alguna participación».

<sup>1129</sup> Ley Foral 10/2007, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre de 1996, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, art. 1 «tres» y «cuatro» y art. 12 de esta última norma.

Comunidad Foral de Navarra, establece en su artículo 12 («Declaración de bienes y derechos») que «quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, en los términos que reglamentariamente se establezcan» y que «Sus cónyuges deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo». Como vemos, la declaración exigida que debe contener la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del cónyuge (sin distinción en el texto legal del régimen económico del matrimonio) pasará por manos del alto cargo quien, finalmente, la aportará.

Por último, nos encontramos con legislaciones que no dirigen ningún tipo de pedido o exigencia al vínculo íntimo del alto cargo para que declaren bienes o actividades<sup>1130</sup>. En definitiva, aunque como acabamos de demostrar, las posturas de las leyes autonómicas son variadas, lo cierto es que en la mayoría de los casos se hace referencia exclusivamente al cónyuge o conviviente y se requiere que presenten declaraciones pero previo su consentimiento.

Ahora bien, antes de presentar nuestra toma de posición en cuanto a la legitimidad/ilegitimidad de exigir a la familia del alto cargo la presentación de declaraciones juradas de actividades y patrimonio, es prioritario evaluar la necesidad de hacerlo. Y para hablar de esta «necesidad» no recurrimos a proposiciones jurídicas sino al sentido común que nos indica que aquellos gobernantes o altos cargos que han alcanzado acuerdos venales

---

<sup>1130</sup> Tal el caso de Andalucía (Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de la declaración de actividades, bienes e intereses de los cargos públicos); Islas Baleares (Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad de Baleares); Canarias (Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias); Castilla-La Mancha (Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha); Galicia (Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la Administración Autonómica) y Murcia (Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

y manejan dinero de origen ilícito pretenderán mantenerse en la penumbra [salvo casos de ciertos «exhibicionistas» convencidos de su impunidad]. Querrán ocultar las ganancias ilícitamente obtenidas, utilizando personas interpuestas, emprendiendo un ciclo ilimitado de transacciones dirigidas a alejar, progresivamente, la riqueza sucia de su origen, o bien simulando la celebración de negocios jurídicos; y esforzándose, muy especialmente, de no presentar ni sus bienes ni su «nivel de vida» ante la mirada de los otros. Bien pronto los servidores infieles procurarán no confesar con sus comportamientos lo inconfesable. La experiencia nos muestra que quien comete un delito no se autoincrimina, y que quien se enriquece ilícitamente no volcará su realidad delictiva en una declaración jurada. El corrupto buscará mantenerse en la zona de lo subrepticio y lo clandestino. Y para lograrlo suele recurrir a su familia y amigos. Ya dijimos que podemos prescindir de una estadística y aún con rigor empírico sostener que en el patrimonio de la familia y amigos suele el político camuflar su enriquecimiento ilícito, lo que da la razón a quien sostiene que los bienes e intereses de los allegados a los cargos políticos, incluso antes y después de su elección, interesan a la ciudadanía<sup>1131</sup>.

Todo cuanto se ha expuesto hasta aquí da cuenta de que existe un interés público, es decir, una necesidad pública en conocer aspectos privados de ciertos terceros que no gestionan poder público. Pero ***¿son estos terceros, familiares del alto cargo, «personas privadas» que tienen derecho a permanecer en el anonimato?*** Como justificamos, la distinción de las categorías de personas públicas y privadas no responde a que las personas públicas, a diferencia de las privadas, han asumido voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados, sino a su obligación de soportar

---

<sup>1131</sup> Véase en la página 523.

ese mismo riesgo<sup>1132</sup>. En efecto, el hecho de que una persona se encuentre en la posición de participar con mayor intensidad del interés general puede ser la consecuencia de una elección espontánea, tal como sucede con las personas públicas que optaron por la función pública. Pero también que esa obligación derive de un episodio completamente ajeno a su voluntad, y este es el supuesto de la familia del gobernante o alto cargo, en lo que se refiere a las actividades económicas que sus miembros desarrollan o el patrimonio que poseen. La familia «adquieren protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que gozan de relevancia pública». De tal suerte, **ocurre que el vínculo íntimo del gobernante o cargo de elite de la Administración se convierte en una «persona de proyección pública», en tanto y en cuanto, por el sólo hecho de mantener ese vínculo con el personaje público, se ven también, y aunque así no lo elijan, y aún cuando pretendan conservar su más amplio «derecho a ser desconocido», involucrados en un asunto de interés público, como lo es el conocer cuáles son sus actividades privadas, cómo está conformado su patrimonio y cuáles son los orígenes de sus bienes.** Como la divulgación de sus «datos económicos» es necesaria para la información, crítica y el control del sistema democrático, sucede que el familiar ocupará el rol de «sujeto expuesto al conocimiento de terceros» aún cuando voluntariamente no lo haya así decidido o deseado. No es ya simplemente una «persona privada» para nada «obligada a soportar el riesgo» de que su intimidad sea intervenida, sino una «persona con proyección pública» que, llegado el caso, deberá tolerar que algunos datos de su «intimidad económica» se divulguen o sean denunciados a la autoridad estatal, siempre y cuando estos datos «resulten necesarios o relevantes para el interés público de la información».

---

<sup>1132</sup> Tal como se sostiene en este trabajo la distinción de las categorías de lo público y «persona privada» no responde al «riesgo asumido voluntariamente» por las primeras, sino a la «obligación de soportar el riesgo» de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados.

Para refutar la legitimidad de esta conversión de lo privado en lo público se podría arriesgar que en tanto el derecho a la intimidad tiene un carácter «selectivo»<sup>1133</sup> y en tanto los familiares del alto cargo no han elegido participar de lo público, es válida y digna de protección jurídica su decisión de permanecer en el absoluto anonimato, lo que implicaría reconocerles su derecho a ser desconocidos; a que no se hable ni se controlen sus actividades y bienes. Sin embargo, el argumento no es viable: el derecho a la intimidad se paraliza cuando surgen razones de interés público que hacen estrictamente necesario revelar precisos datos de su esfera íntima<sup>1134</sup>. **No es jurídicamente posible que el «vínculo íntimo» de un gobernante o alto cargo pueda imponer sin más la reserva de su intimidad económica a la autoridad y, según el caso, a la ciudadanía. En mala hora pueden esperar que su intimidad tenga el mismo valor que los intereses generales.** Con estas afirmaciones tampoco se pretende desconocer que todo hombre es en sí mismo una dignidad y no puede ser utilizado por otro como un mero medio. No se trata de que el familiar del político de elite deba entregarse, sin condiciones, a las exigencias del interés público. Ni ellos, ni cualquiera de los gestores de lo público, ni cualquier simple ciudadano, pueden ser utilizados como medios para alcanzar el bien común<sup>1135</sup>. Pero, claro está, tampoco pueden pretender verse desvinculados totalmente de su consecución. El interés general los toca, tal y como puede sucederle a cualquier otro ciudadano y por las

---

<sup>1133</sup> El derecho a la intimidad es en rigor el derecho a poseer una intimidad elegida. Tres distintas formas de presentarlo es como i) El derecho a no ser molestado; ii) el derecho a ser desconocido; y iii) El derecho a autopresentarse ante los demás. Véase en la página 57 y ss.

<sup>1134</sup> Ya en el Capítulo III, al analizar en términos generales los alcances de la protección de la intimidad de la familia de gobernantes y altos cargos se justificó que «se hace necesario, muchas veces, levantar el velo de la intimidad de la familia y vínculo íntimo del gobernante y alto cargo, tanto con fines preventivos como represivos de la corrupción». Véase en la página 525.

<sup>1135</sup> Véase al respecto en la página 21 en cuanto se afirma que el hombre es fin tanto para sí como para los demás (Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999 (3ª ed.). Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill, Pág. 334 –párrafo 37–.



más diversas razones. Indudablemente, el carácter selectivo de la intimidad puede quedar paralizado en casos, como en este, donde el fin perseguido es, nada más ni nada menos, que prevenir y detectar actos de corrupción política. No es aquí su «propio acto», ni el «riesgo asumido», ni la operatividad de una regla de «sujeción especial» lo que justifica la injerencia en su intimidad, sino un interés público sostenido por una norma. Pero, aún falta algo más. La vigencia del derecho fundamental a la intimidad será resistente, incluso, ante las eventuales imposiciones de las mayorías democráticas, por lo cual aunque exista un «interés público» que es presentado por una ley, como en este caso, será necesario someter esa ley a un aguzado juicio que evite legitimar un sacrificio desproporcionado en el derecho de los implicados. No alcanza con cualquier norma, sino que debe tratarse de una norma que pase con éxito el canon de constitucionalidad. Y esto ya lo dijimos: todo problema de limitación de derechos fundamentales se debe resolver, invariablemente, acudiendo al mecanismo argumentativo del juicio de proporcionalidad<sup>1136</sup>. A él nos dedicamos.

Llegado el momento de ensayar el **«juicio de proporcionalidad»**, nuestra ley objeto de control parte del texto de la LCI pero recogerá una consideración de *lege ferenda*. Tal como ha quedado redactada, la LCI presenta como problema más destacado el apuntado por Meseguer Yebra: algunos de sus controles se vuelven ilusorios. Y si esto es así, es precisamente por el indebido tratamiento que ella hace del derecho a la intimidad. Sin conocer las actividades y patrimonio, al menos de su cónyuge, persona con la que conviva en análoga relación de afectividad e hijos, no es posible controlar eficazmente si el alto cargo cumple con: **i)** la «interdicción legal de poseer» participaciones contratistas con el sector público<sup>1137</sup>; **ii)** el «deber de inhibirse en procesos conflictivos»<sup>1138</sup>; y **iii)** la

---

<sup>1136</sup> Véase su desarrollo en en la página 447 y ss. «Canon constitucional: el juicio de proporcionalidad».

<sup>1137</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 6.1 («Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias»).

obligatoriedad de contratar un «fideicomiso ciego», si fuera su caso<sup>1139</sup>. Tampoco sería posible detectar si hay un enriquecimiento ilícito enmascarado en el patrimonio de un familiar, situación que se da en la generalidad de los casos en que un agente aumenta considerablemente el patrimonio a causa de la comisión de actos de corrupción. Por todo ello, **nos proponemos evaluar la legitimidad/legitimidad de una norma que, tal como hacen los arts. 11 y 12 de la LCI, tras establecer la obligación de declarar actividades y bienes, impusiera: «Su cónyuge, persona con quien conviva en análoga relación de afectividad e hijos, deberán formular las declaraciones de los arts. 11 y 12».** Identificamos a esta ley como **LCI (1)**. Sólo dos cosas restan por mencionar. En primer lugar, en nuestra hipótesis de trabajo las declaraciones tendrán carácter reservado y siempre serían aportadas por los familiares obligados, directamente, ante la autoridad de control, nunca por medio del alto cargo. Cuando se tratara de hijos menores no emancipados, la obligación de declarar aquellos aspectos habría de recaer sobre el propio agente.

Pasando al juicio de ponderación sobre la legitimidad o constitucionalidad de una norma que exija a familiares del alto cargo formular declaraciones juradas de actividades y bienes, debemos comenzar por realizar un análisis «previo» en el que se evalúe si hay en la LCI (1) una «adscripción *prima facie*» al derecho fundamental a la intimidad. En este sentido, recordamos, en primer lugar, que tal como lo presentamos en el Capítulo I, el art. 18.1 CE garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; y que su ejercicio confiere al titular la facultad de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites se

---

<sup>1138</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, art. 7.1 («Deber de inhibición y de abstención»).

<sup>1139</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Preámbulo, art. 13 («control de gestión de valores y activos financieros»).

hacen públicas las circunstancias de su vida personal, así como la de determinar por sí mismo la revelación y utilización de sus datos personales<sup>1140</sup>. En definitiva, lo que garantiza a todos los ciudadanos es el mantener una intimidad elegida y, consecuentemente, no ser coaccionados a entregar información que haga a su privacidad a nadie, ya se trate de una autoridad estatal, de cualquier persona privada, y menos aún a la generalidad de los ciudadanos. No obstante, el derecho a la intimidad puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas en razón de otros derechos, principios y bienes que jueguen en su contra. Así lo señala la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando establece que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley» [art. 2.2]<sup>1141</sup>. Asimismo es criterio del Tribunal Constitucional que la «intimidad económica» forma parte de aquella intimidad protegida por el art. 18.1 en cuanto los datos transmitidos permitan no sólo reconstruir la situación patrimonial de su titular, sino el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término<sup>1142</sup>. En segundo término, tenemos que la LCI (1) reclama a los familiares del alto cargo que declaren no sólo las actividades profesionales, mercantiles o laborales realizadas los últimos dos años<sup>1143</sup>, sino también la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, describiendo la composición de su patrimonio y posteriormente su evolución es palpable<sup>1144</sup>. De hecho, el Tribunal Constitucional tiene dicho que las actividades profesionales y laborales «están

---

<sup>1140</sup> Véase en el Capítulo I, en que se afirma que quizás, en virtud del contenido tan personalista del derecho a la intimidad, sería más adecuado afirmar que lo que se garantiza no es una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un amplio poder de control sobre la publicidad relativa a la persona y su familia (en la página 57 y ss.).

<sup>1141</sup> Véase análisis del texto legal en la página 83.

<sup>1142</sup> STC 142/1993, 26 de 22 de abril, FJ 8. Véase en la página 215 y ss.

<sup>1143</sup> Ley 5/2001, de 10 de abril, arts. 7.1 («deber de inhibición y de abstención»).

<sup>1144</sup> El originario texto de la LIC reclama al alto cargo una declaración inicial, otra al cese y anualmente sus declaraciones tributarias.

más allá del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas que forma el ámbito de la vida privada»<sup>1145</sup>. Pero la declaración de bienes, derechos y obligaciones, con su vocación de «universalidad», esto es, de transparentar todas las circunstancias y vicisitudes económicas de la persona<sup>1146</sup> reviste «potencialidad» para revelar cuestiones íntimas de ella y de su grupo familiar<sup>1147</sup>. Precisamente atendiendo a ese potencial se han calificado, en general, todas las cuestiones de índole económica como un aspecto «fronterizo» de la intimidad. De tal suerte, llegamos a la conclusión que efectivamente la LCI (1) perjudica *prima facie* el derecho a la intimidad de los familiares del alto cargo, pues provoca una afectación negativa al suprimir del ámbito de reserva prácticamente la totalidad de sus circunstancias económicas. En este sentido lo mismo da que quien sea informado de esa «privacidad» sea la propia Administración o toda la ciudadanía. Sea como fuere, se decida posteriormente publicar o mantener esas declaraciones en carácter reservado, el cónyuge, conviviente e hijos del agente padecerán una afectación fáctica en la realización de su derecho fundamental a la intimidad. Esta afectación de una posición iusfundamental *prima facie* por parte de una norma legislativa [primer presupuesto del juicio de proporcionalidad], implica a su vez la atribución a aquella del carácter de «intervención legislativa en el derecho fundamental [segundo presupuesto]. Pero a pesar de ello, el hecho de que la LCI (1) llene las exigencias propias para ser

---

<sup>1145</sup> STC 142/1993, 26 de 22 de abril, FJ 7.

<sup>1146</sup> El art. 12 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, establece que la «declaración patrimonial» debe ser «comprehensiva de la totalidad de bienes, derecho y obligaciones» y que «comprenderá al menos» i) Los bienes, derechos y obligaciones que posean; ii) los valores o activos financieros negociables; iii) las participaciones societarias; y iv) el objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses. Pero –se destaca– estos datos son los mínimos [así lo indica la locución «al menos»] que la declaración debe contener. El criterio orientador para su conformación debería de ser el de transparentar de manera acabada y exacta la propia realidad económica.

<sup>1147</sup> Véase la referencia que se hace a la «Teoría del Mosaico» en la página 63 y ss.

considerada como una «intervención» en un derecho fundamental, no implica automáticamente su inconstitucionalidad. Sólo presupone que contra dicha norma deben hacerse valer las garantías y los mecanismos de protección formales y materiales de los derechos fundamentales y que, entre ellos, en el examen de proporcionalidad [de los subprincipios de proporcionalidad] será preciso analizar la justificación que la norma legislativa puede invocar en su favor.

La atribución de carácter de «intervención» a la LCI (1) pone en marcha el análisis de la proporcionalidad en el que, para sostener su legitimidad, debiera demostrarse que las desventajas que la norma introduce en el derecho a la intimidad de los familiares están justificadas. Se da paso, entonces, al análisis escalonado y sucesivo de los subprincipios de proporcionalidad. Para empezar, en cuanto al **subprincipio de idoneidad**, no hay dificultad en reconocer que la norma persigue fines constitucionalmente legítimos<sup>1148</sup>. Tras una interpretación teleológica-objetiva de su texto<sup>1149</sup>, se infiere que, con la obtención por parte de la autoridad de control de las declaraciones de actividades y bienes del vínculo íntimo del alto cargo, lo que se pretende es garantizar otros principios también estatuidos en el texto constitucional, tales como el servicio al interés general (art. 103.1) y la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1), al propender a prevenir y detectar la

---

<sup>1148</sup> Véase «El fin constitucionalmente legítimo perseguido por el sistema de declaratividad de la Ley 5/2006» en la página 597 y ss..

<sup>1149</sup> Véase al respecto «La Ley 5/2006 desde un amplio enfoque» en la página 529 y ss. En opinión de Villoria Mendieta «aquí, como en el caso de los ingresos, el conocimiento del patrimonio del cónyuge o de los ascendientes y descendientes es importante para conocer fuentes de conflicto y para facilitar la lucha contra la corrupción. Por ejemplo, un ministro de Agricultura puede ver comprometida su imparcialidad si su esposa es propietaria de grandes explotaciones agrícolas o un funcionario encargado de contrataciones puede tener conflictos importantes si su esposa es propietaria de una empresa que contrata directamente con el Ministerio donde éste ejerce su función. En muchos casos, además, el patrimonio familiar es fundamental para la ocultación de ingresos indebidos: los pisos a nombre de hijos y familiares son prácticas demasiado comunes como para no tomar medidas para controlarlas» (*La corrupción política*, Ob. Cit., Pág. 61).

comisión, tanto de actos abiertamente corruptos<sup>1150</sup>, como actos que llamamos de corrupción atenuada como los supuestos de «conflicto de intereses». Pero más allá de reconocer sus fines legítimos, la LCI (1) es, asimismo, idónea para alcanzarlos. En párrafos anteriores se justificó que el hecho de contar con las declaraciones juradas de los familiares permite detectar el uso de testaferros, personas interpuestas en la celebración de negocios jurídicos, casos de tráfico de influencia, cohechos, etc. Y no sólo esto, sin ellas los distintos mecanismos de control de la LCI se ven truncados. Cómo podría controlarse la veracidad de la declaración de un alto cargo que manifiesta no poseer intereses en empresas contratistas con el estado, ni por sí solo ni junto con su cónyuge, si luego a su cónyuge no se le exige su declaración. Cómo podría controlarse si el alto cargo se encuentra en una situación de conflicto de interés, si no contamos con la declaración de la persona que con él convive que sí nos dice que ha intervenido en un negocio privado que está siendo materia de decisión de aquel agente. Y así pueden darse infinidad de ejemplos que la realidad nos ofrece y a los que, lamentablemente, se suele llegar «mal y tarde» a descubrir.

Pero lo que más nos interesa destacar, puesto que en última instancia nuestra realidad no es otra que el texto legal que está en vigencia (LCI), es que –en primer lugar– frente a lo que dispone el art. 11 en cuanto a la declaración de actividades se refiere, la legislación estatal no requiere ni sugiere como voluntaria la presentación de la declaración de actividades por parte del cónyuge –u otros familiares con distinto grado de parentesco– del alto cargo. La omisión resulta chocante por cuanto el art. 7.1 de la misma norma exige que los altos cargos se inhiban del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran

---

<sup>1150</sup> Ya se dijo, con cita de Jiménez Villarejo, que la lucha contra la corrupción es una exigencia del Estado Social y Democrático de Derecho. Véase en la página 599.

intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público. Difícilmente podrá efectuarse un seguimiento de este deber de inhibición si los cónyuges no declaran su participación en este tipo de actividades<sup>1151</sup>. Por otro parte, en lo respectivo a la «declaración de bienes, derechos y obligaciones» **la misma nota de voluntariedad dificulta el control por parte del propio gobernante o alto cargo de las obligaciones impuestas por toda la norma: interdicción de no poseer del art. 6, el deber de inhibición del art. 7, y el de constitución de fideicomiso ciego del art. 13.** Por tanto, al no imponer el sistema de declaratividad a su «vínculo íntimo», quedan neutralizados en su operatividad los tres mecanismos de control previstos para los altos cargos.

**El subprincipio de necesidad**, paso que sigue a la acreditación de la «idoneidad», reclama concluir si existen medios alternativos que puedan conducir a los mismos fines perseguidos por la LCI (1). Si tenemos en cuenta la posibilidad de detectar situaciones de conflicto de intereses y demás prácticas abiertamente corruptas, la respuesta es afirmativa. Para este fin efectivamente existen cuantiosos medios alternativos al sistema de declaratividad. De hecho, día a día vemos que en el curso de las investigaciones criminales se valen de muchos de ellos. Es posible disponer allanamientos del morada o despachos profesionales o intervenciones telefónicas; solicitar informes entidades bancarias y financieras; o requerir otros a terceros que den cuenta de gastos concretados, etc. El límite está, en definitiva, en la imaginación y, por supuesto, en la ley. Sin embargo, y más allá de que algunos de estos medios por su «desividad» a los derechos fundamentales sólo puedan

---

<sup>1151</sup> Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ob. Cit., Pág. 207.

ser puestos en marcha por una autoridad judicial que garantice adecuadamente su protección, a nivel preventivo ninguno de ellos resulta útil. **El sistema de «declaratividad», en cambio, sí funciona como un óptimo medio preventivo.** El hecho de denunciar ante la autoridad estatal, en este caso ante la «Oficina de Conflictos de Intereses», los intereses, actividades y bienes patrimoniales funcionará desmotivando la elección de comprometerse en prácticas corruptas, por un lado, y como una «autorregulación», que recordará a los declarantes la existencia al menos de esta norma que impone prohibiciones al agente público en pos de asegurar su fiel servicio, deber que por ser «extraños» a la función tampoco debieran pasar por alto. Pero, en todo caso, **conocer con anticipación que se está siendo controlado, tiene una innegable capacidad disuasoria**<sup>1152</sup>.

Evaluando también otros posibles medios alternativos, entendemos que **lo que sí resulta sería innecesario, una vez que se obligue al familiar a declarar, es hacer pasar esa declaración por manos del alto cargo. Con ello se intensificaría sin justificación la injerencia.** Téngase en cuenta que aún entre cónyuges hay una «intimidad», e incluso una «intimidad económica» que preservar. Esta falla en el «juicio de proporcionalidad» la encontramos claramente en el caso de la legislación autonómica de Navarra. Recordamos que la legislación Foral establece en su artículo 12, luego de imponer a los altos cargos la obligación de formular una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, que «Sus cónyuges deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo» y que también los cónyuges habrán de

---

<sup>1152</sup> Claro que la forma en que en la práctica se lleve adelante ese control no es ya un tema que podamos desarrollar desde este análisis de ponderación y excede a este trabajo centrado en el estudio de la norma desde una perspectiva del derecho constitucional.



aportar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria<sup>1153</sup>. Al sumarse, sin necesidad, un eslabón más de conocimiento [el contenido «íntimo» de la declaración sale de la esfera de reserva de su titular, para ser conocido, en primer lugar por el alto cargo, y luego por la autoridad de control], se afecta negativamente la intimidad. Una exigencia semejante, fuera del caso de la legislación foral, merece evaluarse desde la normativa que el Código Civil español incorporó tras la reforma del 13 de mayo de 1981 y por la que regula tres regímenes económicos matrimoniales: i) sociedad de gananciales [arts. 1344 a 1410], ii) participación [arts. 1411 a 1434] y iii) separación de bienes [arts. 1435 a 1444]. La norma no hace distinción alguno al régimen matrimonial, por tanto puede suceder que el alto cargo y su cónyuge hayan acordado un «régimen de separación de bienes», donde no hay un patrimonio común<sup>1154</sup>. La regulación que le confieren a este régimen los arts. 1437 y 1440 Código Civil

---

<sup>1153</sup> La Ley 19/1994, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de la Administración de Navarra, en su art. 12 (Declaración de bienes y derechos) establece: « 1. Quienes tengan la condición de alto cargo están obligados a formular en el Registro una declaración patrimonial, comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, en los términos que reglamentariamente se establezcan. **Sus cónyuges deberán formular esta declaración, que será aportada por el alto cargo.** La declaración patrimonial comprenderá al menos los siguientes extremos: a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que se posean; b) Los valores o activos financieros negociables; c) Las participaciones societarias; d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que se tengan intereses; e) Las sociedades participadas por las que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales. 2. La declaración a que se refiere el apartado uno de este artículo se efectuará en el improrrogable plazo de dos meses siguientes a las fechas de toma de posesión y cese, respectivamente, en el alto cargo, así como anualmente en el mes de junio. 3. A las declaraciones iniciales y a las que se efectúen anualmente, se acompañará copia de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio que haya tenido obligación de presentar el declarante ante la Administración Tributaria. También deberá aportar la declaración de su cónyuge referida a estos tributos. Dichas declaraciones se depositarán en el Registro como información complementaria, rigiéndose el acceso a las mismas por su normativa específica. 4. El Registro de actividades e intereses de altos cargos recibirá las declaraciones y las copias y, de apreciar defectos formales, requerirá su subsanación al interesado».

<sup>1154</sup> Como tiene dicho la jurisprudencia «resulta pues contrario a la esencia del régimen de separación de bienes la formación de un patrimonio común o la integración de los bienes adquiridos por los cónyuges en una suerte de masa común, pues ello constituye precisamente la esencia del régimen de sociedad de gananciales (artículo 1344 del Código Civil), no existiendo en el régimen de separación, ni comunidad de bienes, ni bienes gananciales, lo que no es óbice para que algún concreto bien o derecho (no la generalidad de ellos) pueda corresponder a ambos cónyuges por la mitad» [SAP

hace que esté latente la independencia patrimonial de los cónyuges, tanto en la adquisición de los bienes que van a configurar su patrimonio personal, como en el disfrute y disposición de los mismos. En efecto, en cuanto a la titularidad de los bienes, el art. 1437 Cc dispone que cada cónyuge hace suyos tanto los bienes que ya le pertenecían al iniciar el régimen como los que adquiriera después por cualquier título. De este modo, resulta irrelevante el momento en que se produzca la adquisición, pues el hecho de haber contraído matrimonio no afecta a la titularidad de los bienes que siguen siendo propiedad del que los adquirió e integran exclusivamente su propio patrimonio personal, sin que el otro cónyuge tenga ninguna facultad sobre los mismos. Tampoco el carácter gratuito u oneroso de la adquisición tiene trascendencia alguna a la hora de determinar la titularidad, ya que corresponderán a aquél que los adquirió haya pagado o no contraprestación por ello<sup>1155</sup>. Por otro lado, el segundo párrafo del art. 1437 del Código Civil dispone que «asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes». Por tanto, el principio de separación de patrimonios se aplica tanto a la titularidad de los bienes, como a la administración, goce y libre disposición de los mismos. Ahora bien, tal como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de mayo de 1999 «el hecho de que los cónyuges decidan sujetarse a un régimen como el expuesto pone de manifiesto una voluntad común en orden a que cada uno de ellos disponga de un poder de disposición y administración pleno sobre sus bienes» En efecto,

---

de Baleares de 4 de marzo de 2004, (BDA 2004/84332) y SAP Madrid de 14 de marzo de 2005]. Tal y como afirma De Los Mozos al hacer referencia a la composición del patrimonio personal de cada cónyuge, los bienes pueden ser fruto de su actividad, trabajo o industria, o pueden proceder de los rendimientos de sus propios bienes, o de inversión o reemplazo de sus economías o de la realización de otros bienes o derechos que le pertenezcan (De Los Mozos, José Luís, *Comentario a los arts. 1435 a 1444*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Alberto M. Albaladejo, T XVIII, Vol. III, Madrid, 1985, Pág. 349).

<sup>1155</sup> Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson S.L., Madrid, 2005, Pág. 838.

cada cónyuge puede disponer y administrar sus bienes con total libertad sin tener que contar con el consentimiento ni la intervención del consorte. Con todo ello queda claro que la independencia patrimonial constituye la regla general del régimen de separación de bienes, y que por tanto, en lo que –precisamente– se refiere a su patrimonio los cónyuges tienen derecho a mantener la reserva al igual que frente a cualquier otra persona. Por eso se dice que «a efectos patrimoniales, los cónyuges vinculados por el régimen de separación de bienes son tratados como extraños»<sup>1156</sup>. Si ese trata de un matrimonio bajo el régimen económico de gananciales<sup>1157</sup> (arts. 1.344 a 1410 del Cc), junto a los bienes privativos de los cónyuges, se forma una masa común de bienes integrada por las ganancias o beneficios que los cónyuges obtengan durante el matrimonio y que son los llamados bienes gananciales. Pero, en todo caso, también en este supuesto existe la posibilidad de que existan bienes comunes o gananciales y otros privativos de cada uno de los consortes. Para diferenciarlos el Código dicta una serie de reglas en los arts. 1.346 a 1.361 y así se origina, al menos potencialmente, la coexistencia de tres masas patrimoniales, como son los bienes propios de un cónyuge, los bienes propios del otro cónyuge y los bienes gananciales, teniendo cada

---

<sup>1156</sup> Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Ob. Cit., Pág. 861. Debemos si matizar la afirmación recordando que aunque aparentemente la libertad concedida por la norma es muy amplia, la doctrina se ha encargado de recordar que la autonomía patrimonial de los cónyuges vinculados por el régimen de separación de bienes está limitada, en primer lugar, por el mero hecho de haber contraído matrimonio, ya que a los cónyuges se les aplican las Disposiciones generales o «régimen primario» contenido en los arts. 1315 a 1324 Ce y, en segundo lugar, les afectan las propias limitaciones que derivan de la instauración del régimen de separación de bienes. En lo que respecta a las Disposiciones generales del régimen económico matrimonial, las excepciones vienen impuestas por el deber de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1318 y 1438 Ce), la vinculación subsidiaria de los bienes propios por las obligaciones contraídas por el otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 Ce) y las limitaciones para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia (arts. 1320 y 1322 Ce). También es necesario tener presentes las limitaciones derivadas del propio régimen de separación, como la necesidad de probar la titularidad de los bienes para que no se aplique la regla de atribución por mitad del art. 1441 Cc, de dar cuentas de la gestión de los bienes del otro cónyuge si los rendimientos se han invertido en cuestiones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio o las que conlleva la aplicación de presunción muciana (art. 1442 Cc).

<sup>1157</sup> El Código Civil no contiene una verdadera definición de lo que debe entenderse por sociedad de gananciales ya que mediante ella se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, y que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, y esto solamente de una manera imperfecta ya que se refiere a los efectos de la sociedad al momento de la liquidación (SAP Alicante de 27 de julio de 1999).

uno de ellos una diferente titularidad, régimen de administración y disposición, y reparto de responsabilidades<sup>1158</sup>. Los bienes gananciales estarán sometidos a las reglas del régimen económico de gananciales, que suponen la atribución de unos poderes y facultades a los cónyuges, su afectación al pago de unas deudas o cargas y el remanente, en el momento de la liquidación, será repartido por igual entre los cónyuges. En relación a la administración y disposición de estos bienes, no hay «derecho de reserva» oponible de un cónyuge hacia el otro. Caso distinto es el de los bienes privativos que son administrados y poseídos exclusivamente por el cónyuge titular, pudiendo disponer de ellos libremente<sup>1159</sup>. Como consecuencia del carácter asociativo de la sociedad de gananciales y del amplio margen de autonomía que conserva cada uno de los esposos, no sólo en la gestión de su patrimonio privativo, sino también en relación con los bienes y derechos gananciales, el art. 1383 impone a los cónyuges el deber recíproco de informarse periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus actividades económicas. Sobre el particular es imperioso hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de de 20 de febrero de 1989 (STC 45/1989), que declaró la inconstitucionalidad del sistema único de tributación conjunta del matrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas utilizó, entre otros argumentos, la vulneración que ello suponía del derecho a la intimidad personal que debe regir incluso dentro del matrimonio y a pesar de lo dispuesto en el art. 1383. En definitiva,

---

<sup>1158</sup> Como indicación de carácter general, puede decirse que son bienes gananciales los beneficios generados por la actividad de los cónyuges o por el patrimonio privativo, así como los bienes que sustituyan a uno y a otro. Son privativos aquellos bienes cuya titularidad correspondiera a un cónyuge antes de contraer lio o antes de constituir el régimen de gananciales, los que se adquieran durante el matrimonio a título lucrativo y los adquiridos en sustitución de un bien privativo. De surgir alguna duda sobre el carácter de un bien en concreto, el arto 1.361 C.c. aplica la presunción de ganancialidad, conforme a la cual se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *El régimen económico del matrimonio*, Ob. Cit., Pág. 261).

<sup>1159</sup> González García, José, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, coord. Moreno Quesada, B, Valencia, 2002, Pág. 183.

lo que hay que evaluar es que cualquiera sea el régimen del matrimonio, puede que todos o algunos de los aspectos de su situación patrimonial formen parte, incluso entre ellos, de un acervo íntimo. Como explica Romero Coloma «**el derecho a la intimidad no se pierde por el hecho de contraer matrimonio**. Si esto fuera así, si admitiéramos que las personas casadas no gozan del derecho a la intimidad entre ellas, no le quedaría a los cónyuges ningún ámbito de su vida privada reservado, ninguna faceta, ninguna parcela, por muy personal que ésta fuera, excluida de los ojos y oídos del esposo o esposa. El derecho a la intimidad es un bien jurídico –no sólo un derecho– propio de toda persona, con independencia de sus relaciones<sup>1160</sup>. Precisamente, este aspecto que algunas legislaciones pasan por alto fue el que motivó la declaración de inconstitucionalidad. Aún el marco familiar, excepto el caso de menores o personas tuteladas, cada uno de sus miembros es titular del derecho a la intimidad frente a los otros. De ahí que **el deber impuesto a cualquiera de ellos de formular una declaración integral de su patrimonio y entregarla al alto cargo, aunque sea para su posterior presentación ante una autoridad estatal, no superaría con éxito el segundo subprincipio de necesidad del juicio de ponderación, por resultar violatoria del art. 18 CE.**

Finalmente, el **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto** nos conduce a cuestionarnos si las ventajas que se obtienen exigiendo que los familiares de los altos cargos formulen declaraciones patrimoniales ante la autoridad de control, compensan los sacrificios que esta implica para sus titulares. Y, precisamente, es preciso recordar que

---

<sup>1160</sup> Romero Coloma, Aurelia, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Ob. Cit., Pág. 95. Afirma también que «resulta incuestionable que la difusión de datos relativos a las cuentas bancarias o a declaraciones tributarias pertenecientes a otra persona, pueden integrar una intromisión en la intimidad personal o familiar del afectado, en cuanto que dicha intimidad supone un ámbito de privacidad exclusivo y excluyente, tal como puso de relieve la Sentencia de 22 de Diciembre de 2000. La esfera privada que la persona mantiene reservada, que merece el respeto de los demás y se protege frente a la indebida falta de razón justificativa de su divulgación, publicación de hechos relativos a la persona, con independencia de que sean individuales, o de familiares, secretos o no, íntimos o sin tal carácter, y ciertos o inciertos».

una importante regla de evaluación nos dice que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. Desde esta óptica pensamos que la limitación a la intimidad en los términos propuestos no implica un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza. **La ventaja que se obtiene con la limitación es muy importante, mientras que la afectación de la intimidad que deberían soportar los familiares del agente es leve.** La realidad, que es el uso de testafierros y la necesidad de controlar más agudamente las situaciones de conflicto de interés, hace que el recorte de la intimidad de estos sea necesario o indispensable si se pretende luchar eficazmente contra la corrupción. Por otro lado –como vimos– **los datos que hacen a la «intimidad económica» de un sujeto son, materialmente, hablando un aspecto fronterizo del derecho y de determinarse que la información cedida por el vínculo íntimo, de forma independiente, tuviera carácter reservado, es improbable pensar que el sacrificio que se les pide es suficientemente lesivo**<sup>1161</sup>.

Así como la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente en pos de hacer efectiva la existencia de un sistema tributario y la actividad inspectora y comprobatoria (art. 31.1 CE) también puede hacerlo en pos de asegurar la vigencia del Estado de derecho y la lucha contra la corrupción (art. 1.1 CE). Y lo cierto es que así como es apremiante contribuir al sostenimiento del gasto público, la generalización de prácticas corruptas y sus efectos nocivos [incluso también para las finanzas del Estado] vuelven por igual apremiante que los ciudadanos colaboren en los

---

<sup>1161</sup> En efecto, como tiene dicho el TEDH «cuánto más íntimos son los aspectos de la vida privada sobre los que se produce la injerencia mayor grado de justificación requiere» (*Dudgeon contra Reino Unido*, 22 de octubre de 1988)

procesos de rendición de cuentas de los gobernantes. **No es posible investigar con éxito el patrimonio del gestor si no se revisa el de sus vínculos.** Ellos, como todos los ciudadanos, tienen el derecho y el deber de colaborar con la administración en este aspecto fundamental del interés público. Si se toma el recaudo de no afectar la «proporcionalidad», como podría suceder si a la exigencia se suma el carácter reservado, y que se asegure el tratamiento de los datos cedidos conforme la ley de Protección de datos, no habría razones –en principio– para hablar de vulneración desproporcionada, máxime si pensamos que los datos que exigen conocerse mediante las declaraciones juradas de actividades y patrimonio son más bien «fronterizos» de la intimidad y, por tanto, de difícil afectación o anulación del llamado «contenido esencial del derecho».

**Hacemos la propuesta de romper la impermeabilidad vigente y permitir el control de la familia del alto cargo. Es necesaria la más absoluta transparencia y los más intensos controles sobre la situación patrimonial de él y de su vínculo. Sólo suprimiendo velos de personas y sociedades interpuestas, que ocultan enriquecimientos ilícitos, se podrá depurar la clase política.**





## **8. La constitucionalidad del carácter público de las declaraciones patrimoniales de los altos cargos**

Antes señalamos que la clave para interpretar qué tratamiento concede la LCI al derecho a la intimidad de los altos cargos y el de su vínculo íntimo está en su régimen de registros. Las declaraciones juradas de actividades, que contienen datos no íntimos, son depositadas en un «Registro de Actividades» al que se adjudica carácter público. Su gestión se rige por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y por el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>1162</sup>. Por el contrario, las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales son recibidas por el «Registro de Bienes»<sup>1163</sup> de carácter reservado. Se infiere así que, **al enfrentarse a la «intimidad económica» de gobernantes y cargos de elite, el legislador se decidió – en la generalidad de los casos– por negar la publicidad, aún cuando esos datos íntimos sean de reconocida relevancia pública. El resultado es una incontestable dificultad de la capacidad real de los ciudadanos de hacer valer la responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos, al menos en los términos de la LCI.** Y aunque hay una excepción al mantenimiento del secreto, con ella no se modifica sino que se confirma la regla de mantener en reserva la realidad económica de los altos cargos, por la que con toda evidencia se ha decantado el legislador: la LCI establece que sólo se publicará anualmente una declaración comprensiva de los bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado en el BOE, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y

---

<sup>1162</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 14.2 («Registros»).

<sup>1163</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, Art. 14.3 («Registros»).

seguridad de sus titulares<sup>1164</sup>. Sin embargo, **este aparente avance de la LCI hacia la transparencia se vio truncado por el tardío reglamento que la desarrolló, dejando una realidad de mucha opacidad: los datos destinados a ser públicos; siguiendo el formulario por él diseñado<sup>1165</sup>, son tan escuetos que terminan por transmitir una información inconducente para el efectivo control de la constitución y evolución patrimonial de la jerarquía<sup>1166</sup>**. En efecto, la declaración destinada a ser pública exclusivamente en los casos de Miembros de Gobierno y Secretarios de Estado ha de contener, en cuanto al «Activo», una estimación numérica y total, sin ningún tipo de detalle, de: i) los bienes inmuebles, según su valor catastral; ii) el «valor de otros bienes» (no se especifica cuáles) y finalmente; iii) el total de estos dos rubros. Como «Pasivo», también sin detalle, el total de «créditos, préstamos, deudas, etc.»).

**En definitiva, si hay algo que sí se trasluce con toda nitidez es que la opción por el secreto, aún cuando a medias tintas excluya a los cargos con mayor notoriedad pública, no responde a las actuales demandas de la colectividad. El reclamo que en todo el suelo español [no pareciera con rigurosa unanimidad, pero**

---

<sup>1164</sup> El art. 1.4. de la Ley 5/2006, de 10 de abril, establece «El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos altos cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares». A su vez, el art. 13.3 del «Reglamento» establece que «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, anualmente, antes del 30 de septiembre, se procederá a publicar en el «Boletín Oficial del Estado» el contenido de las declaraciones de bienes, derechos y obligaciones patrimoniales cumplimentadas en la forma prevista en el Anexo II, por los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado cuya toma de posesión o cese se haya producido en el período comprendido entre el 1 de julio del año anterior y 30 de junio del año en curso».

<sup>1165</sup> Anexo II del Real decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril.

<sup>1166</sup> Véase «La neutralización del sistema de control y el indebido tratamiento del derecho a la intimidad» en la página 605 y ss. y en especial el contenido del Art. 12.6 del Real decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril y su ANEXO II.

**si en amplísima mayoría] los ciudadanos dirigen a la clase política es de una mayor transparencia de sus patrimonios y de un compromiso real con los procedimientos de rendición de cuentas<sup>1167</sup>. Y, en todo caso, no querer tomar nota de estas pretensiones no denota simplemente ceguera, sino una auténtica infidelidad del cumplimiento del mandato representativo que han asumido<sup>1168</sup>.**

Pero no todo son malas noticias. A nivel autonómico hay legislaciones que respondiendo a estas demandas recogen [y también es de felicitar que lo hagan sin discriminar jerarquías] el principio de publicidad para las declaraciones de bienes de sus altos cargos.

La Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de Publicidad en el Diario oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha, impone a los gestores públicos la obligación de publicar en el «Diario Oficial de Castilla-La Mancha» sus

---

<sup>1167</sup> Véase: Público.es: «Camps declara sólo cuatro mil euros de ahorro», 24 de junio de 2011; «Fabra cifra sus bienes en 3,9 millones de euros», de 22 de enero de 2011; «Cospedal corrige su declaración de bienes en las Cortes Manchegas», 23 de noviembre de 2010; «Los Bonos tienen seis millones de euros», 2 de mayo de 2010, «Sólo tres CCAA publican los bienes de sus cargos públicos», 1 de enero de 2010; «Los concejales se resisten a declarar su patrimonio», de 27 de julio de 2008; ELPais.es: «El exalcalde Calp sólo declara una motocicleta», 26 de agosto de 2011; «El edil de Calp es el político más rico, con un patrimonio de 3,3 millones», 12 de agosto de 2011; «Los Parlamentarios no deberán declarar el valor de los pisos», 22 de julio de 2011; «Declaraciones de la renta y austeridad», 30 de junio de 2011; ElMundo.es: «Bienes, rentas y deudas de diputados y senadores serán públicos antes de otoño», 22 de julio de 2011; «El valor de las casas de las casas de los diputados y senadores no se hará público en el Boletín de las Cortes», 22 de julio de 2011; «A la luz el patrimonio de los políticos de León», 19 de junio de 2001; «El PSPV de Castellón propone publicar los sueldos de los ediles en la web municipal», 16 de junio de 2011; entre otras.

<sup>1168</sup> Como dijimos, el fundamento último del carácter representativo de un gobierno no descansa tanto en la coincidencia fáctica de las decisiones de los gobernantes con los gobernados, como en la posibilidad siempre presente de que estos últimos puedan exigir explicaciones a sus representantes. El núcleo esencial de la representación radica en la idea de responsabilidad, estos es, en la obligación de rendir cuenta a los representados [Véase en la página 284]. Sin embargo, la LIC dificulta la capacidad real de los ciudadanos de hacer valer la responsabilidad política institucional y difusa de los altos cargos.

actividades, bienes y rentas<sup>1169</sup>. Su Preámbulo explica que la finalidad específica de la ley «es dar a conocer a la ciudadanía cuáles son las rentas, y su origen, percibidas por los cargos públicos, durante su mandato, así como las variaciones experimentadas en su patrimonio, durante el mismo período, y también, por último, dar a conocer sus actividades e intereses privados para que pueda comprobarse que no queda supeditado a éstos el interés público que han de servir». Es también interesante reseñar textualmente algunos de los argumentos que desarrolla esta norma para despejar cualquier duda en cuanto a la legitimidad de la injerencia que ella provoca en el derecho a la intimidad de los agentes<sup>1170</sup>. Destacamos entonces que en su Preámbulo, la Ley 6/1994 afirma: «la novedad de este propósito es evidente, aunque pueden señalarse antecedentes en el ordenamiento jurídico español relativos a la publicidad de datos económicos de los ciudadanos. En este sentido el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la protección de la intimidad personal afirmando que las declaraciones de renta y patrimonio no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente (Sentencia del 26 de diciembre de 1884...). El paso adelante que da esta Ley regional, convirtiendo la transparencia en publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha no invade, en consecuencia, derechos constitucionales; ni mucho menos, convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares; aunque sí les impone obligaciones explícitas. La publicidad inherente a la vida democrática somete a quien voluntariamente participa en la vida pública a unos controles muy superiores a los que debe soportar el

---

<sup>1169</sup> La Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de Publicidad en el Diario oficial de bienes, rentas y actividades de los gestores públicos de Castilla-La Mancha, arts. 1 y 2.

<sup>1170</sup> Recordamos, como ya se señaló, que en cuanto a los cónyuges, la ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha lo que hace es reconocer al cónyuge, conviviente e hijos, el derecho a publicar gratuitamente en el «Diario oficial de Castilla-La Mancha» sus declaraciones de actividades, renta y bienes (Ley 6/1994, de 22 de diciembre, art. 2.2.d y e).

ciudadano en su vida privada. Quien participa en la vida pública y tras solicitarlo, recibe, directa o indirectamente, el mandato democrático, es claro que debe soportar como una carga inherente a su oficio, limitaciones a su actividad y también a su intimidad. Considerando los antecedentes y el planteamiento aquí expuesto, la cuestión radica en determinar cuáles son las circunstancias de oportunidad, y la finalidad que hace necesaria la publicación de algunos datos económicos de determinadas personas. Las circunstancias actuales de la vida pública operan claramente a favor de la transparencia de los ingresos y las variaciones que experimente el patrimonio de las personas que asumen funciones representativas y gestionan la cosa pública, en tanto dura su mandato. Cualquier velo protector sobre los mismos, más que como protección de los derechos de la personalidad, aparecería como indicio sospechoso de comportamientos irregulares o, al menos, éticamente repudiable. Por ello con esta ley no se trata de hacerles soportar a los políticos mayores riesgos de una lesión en sus derechos a la intimidad personal, como contrapartida por haber optado libremente por la condición de personas públicas. Lo que se pretende es que la publicación de datos de la situación económica de los políticos contribuya a liberarlos de injustificables valoraciones divorciadas de los hechos y apoyadas tan sólo en prejuicios de la opinión pública no informada». Igual obligación impone la Ley 5/1996, de 26 de septiembre, declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura <sup>1171</sup> y la Ley 8/2003, de 28 de octubre, regulador del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros de La Rioja <sup>1172</sup>. Asimismo, Andalucía pone a disposición de los ciudadanos en internet las declaraciones de sus altos cargos de

---

<sup>1171</sup> Ley 5/1996, de 26 de septiembre, declaración de remuneraciones y actividades de cargos públicos de Extremadura, art. 1.

<sup>1172</sup> Ley 8/2003, de 28 de octubre, regulador del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros de La Rioja, arts. 1, 58 y 60.

actividades, bienes e intereses<sup>1173</sup>. Esta declaración, de fácil acceso manejando un simple «buscador» –debe destacarse– asienta ciertos detalles que sí permiten a la ciudadanía tener una idea más cabal de la composición del patrimonio del agente, aunque incurre en la ya referida incorrección de recurrir a la estimación del «valor catastral»<sup>1174</sup>. Así pues, sin lesionar la intimidad de ningún alto cargo, les exige que hagan público: i) los bienes inmuebles, detallando en cada caso si es urbano o rústico y su característica (por ejemplo

---

<sup>1173</sup> La Ley 3/2005, de 8 de noviembre, de Incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, establece en su art. 14 («Publicidad de Registro»): «1. El Registro de Actividades, Bienes e Intereses al que se alude en el artículo anterior será público. 2. El contenido de las declaraciones inscritas en el citado Registro se publicará en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» y estará disponible en internet». A su vez, el Decreto 176/2005, de 26 de julio, que la desarrolla dispone: «Artículo 9. Contenido de las declaraciones: 1. Las declaraciones de actividades, bienes e intereses a que se refiere el artículo 8, comprenderán, al menos, los siguientes extremos: a) Cargos y actividades públicas para los que ha sido designado y aquéllos que le corresponden con carácter institucional; b) Pensiones de derechos pasivos o de la Seguridad Social; c) Actividades públicas y privadas que desempeñen por cuenta propia o ajena; d) Bienes inmuebles urbanos y rústicos; e) Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese; f) Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año; g) Objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses; h) Bienes muebles y otros bienes y derechos de cualquier clase o naturaleza que posean, cuyo valor supere los 6.000 euros; i) Seguros de vida cuya indemnización supere la cifra de 30.000 euros; j) Créditos, préstamos o deudas que integren el pasivo. 2. Con objeto de salvaguardar la privacidad y seguridad de sus titulares, se especificará en cuanto a los bienes inmuebles, sus características, provincia en que se hallen y valor catastral que corresponda al alto cargo u otro cargo público, omitiéndose los datos referentes a su localización. En cuanto a las cuentas bancarias y valores mobiliarios sólo se detallará el saldo existente a la fecha de nombramiento y cese. En lo que respecta a vehículos y embarcaciones sólo se especificará marca, modelo y valor. Para determinar este valor, se aplicarán los precios medios de venta que anualmente aprueba el Ministerio de Economía y Hacienda para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. En cuanto a los restantes bienes, se empleará el criterio de valoración del Impuesto sobre el Patrimonio. 3. En el supuesto de bienes y derechos indivisos, se indicará el valor que corresponda según el porcentaje de participación del declarante en el bien o derecho correspondiente. **Artículo 10. Presentación de declaraciones. 1.** Las declaraciones de actividades, bienes e intereses, dirigidas a la Dirección General de Inspección y Evaluación, podrán presentarse en el Registro General de la Consejería de Justicia y Administración Pública o en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. **2.** También podrán presentarse en el Registro telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso al portal [www.andaluciajunta.es](http://www.andaluciajunta.es), para ello las personas interesadas deberán disponer del certificado reconocido de usuario que les habilite a utilizar la firma electrónica avanzada, de conformidad con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos por medios electrónicos (internet)».

<sup>1174</sup> Véase «<https://ws037.juntadeandalucia.es/riibp/publica/buscarcp.do>» (listado de declaraciones presentadas de altos cargos y «<http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica> (formulario modelo).

«casa»), la provincia donde se encuentra y su valor catastral; ii) automóviles, embarcaciones, obras de arte y otros bienes y derechos de cualquier naturaleza cuyo valor supere los € 6000. Así por ejemplo en el caso de los automóviles detallan la marca y modelo; iii) en el caso del «pasivo» el detalle de créditos, préstamos, deudas, etc. Identifican la entidad o persona acreedora. La Ley 4/2006, de 23 de junio, de Transparencia y buenas prácticas de la Administración Pública gallega, resulta por igual de interesante a causa del reconocimiento que hace de la transparencia en la vida democrática. Y aunque no dispone la publicación de la declaración de bienes, si hace pública la de actividades que también pueden ser consultadas por los ciudadanos en internet<sup>1175</sup>. En su Preámbulo se afirma «La participación de la ciudadanía en los asuntos públicos se conforma hoy como un elemento fundamental en el contexto de un nuevo modelo de gobierno caracterizado por la transparencia, la información y la asunción de responsabilidades, y constituye, además, una expresa encomienda que el artículo 9.2 de la Constitución realiza a los poderes públicos en general y que el artículo 4.2 de nuestro Estatuto de Autonomía deposita sobre los poderes públicos de Galicia, a los cuales encarga el cometido de facilitar la participación de todos los gallegos y gallegas en la vida política, económica, cultural y social (...) Así, en este contexto, surge la necesidad de ofrecer a la ciudadanía mecanismos de control a través de la transparencia administrativa, que se configura, entonces, como un fundamento esencial del sistema democrático moderno (...). En el momento actual, es

---

<sup>1175</sup> Ley 4/2006, de 23 de junio, *de Transparencia y buenas prácticas de la Administración Pública gallega*, Disposición adicional segunda por la que modifica el artículo 10 de la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de Incompatibilidad de Altos Cargos. Se dispone: «Artículo 10. Registros. 1. Se constituyen el Registro de Actividades de Altos Cargos y el Registro de Bienes Patrimoniales de Altos Cargos de la Xunta de Galicia, en los cuales se inscribirán las correspondientes declaraciones. 2. El Registro de Actividades de Altos Cargos será público. El contenido de las declaraciones inscritas en el mismo, pertenecientes a los titulares de aquellos puestos cuyo nombramiento sea efectuado por decisión del Consello de la Xunta de Galicia, se publicará en el “Diario Oficial de Galicia” y estará disponible en internet. 3. Del contenido del Registro de Bienes Patrimoniales de Altos Cargos de la Xunta de Galicia se dará cuenta anualmente al Parlamento de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento de la Cámara. Asimismo, tendrán acceso al mismo: a) Los órganos judiciales, para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales. b) El Ministerio Fiscal, cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el registro. c) El Defensor del Pueblo y el Valedor do Pobo, en los términos previstos en sus leyes de creación. 4. No serán objeto de la publicidad prevista en el párrafo precedente las copias de la última declaración tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre el Patrimonio Neto recogidas en el artículo 8.1 b de la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de Incompatibilidades de Altos Cargos. 5. El personal que preste servicios en los registros tiene el deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo».

necesario reforzar e impulsar el proceso de racionalización y transparencia en la actividad de la Administración, con la finalidad de eliminar su imagen de opacidad e inaccesibilidad, que genera desconfianza en la ciudadanía. La transparencia permite hacer efectivo el derecho de los ciudadanos y de la sociedad civil a conocer la actividad de la Administración y favorece el control de la legalidad y oportunidad de las decisiones administrativas, facilitando que la sociedad asuma un papel activo en la vida administrativa. Una opinión pública informada contribuye a definir y realizar acciones públicas respetuosas con el interés general. En consecuencia, resulta necesario fortalecer el derecho subjetivo de acceso a la información y fomentar la creación de servicios de información administrativa que aprovechen el desarrollo de las nuevas tecnologías como canales de transmisión y difusión. La información obtenida por la ciudadanía permite la vigilancia eficaz y efectiva sobre la acción de los poderes públicos, eliminando el riesgo de la existencia de actuaciones desviadas del interés general». Lo que no se comprende es con qué lógica, tras un alegato tan vehemente sobre las bondades de la transparencia y la participación ciudadana en los controles, este legislador iluminado por los mejores propósitos se decide por mantener en secreto el patrimonio de los gestores públicos. En algo asiste razón, sin lugar a dudas, a quienes [como ya apuntamos al iniciar este apartado] encuentran como vicio histórico de las normas de incompatibilidades el desvanecimiento de sus propósitos<sup>1176</sup>. En otro orden de cosas, con la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo del Suelo, que se denominó también «Ley anticorrupción» por los instrumentos que introducía para su lucha<sup>1177</sup>, fue que se instauró la publicidad de los registros de bienes patrimoniales para

---

<sup>1176</sup> Véase «La neutralización del sistema de control y el indebido tratamiento del derecho a la intimidad» en la página 605 y ss. Se destaca allí que, entre otros, García Mexía sostiene que «los fundamentos y metas enunciados por las sucesivas normas de incompatibilidades se vieron siempre viciados por la hipocresía del legislador, quien introduciendo en su seno variadas excepciones, privó a la normativa de gran parte de su eficacia» (*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 104).

<sup>1177</sup> Brines Almiñana, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales (art. 75.7 LRBRL): consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación*, El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, N1 2, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Ene. Al 14 Feb., 2010, Ref. 197/2010, tomo 1, Editorial La Ley.



todos los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local<sup>1178</sup>. La finalidad teleológica de la norma es favorecer que la actividad pública sea siempre transparente mediante la adopción de medidas a fin de erradicar o disuadir comportamientos corruptos. Que los concejales actúen bajo principios éticos, esto es, de transparencia e integridad, responsabilidad, ejemplaridad, lealtad y honradez. Y, en dicha línea, la novedosa publicidad del registro se inspira en proporcionar a la ciudadanía un mecanismo de control político adecuado para conocer que sus representantes locales, en quienes han depositado su confianza, permanecen fieles a sus deberes políticos<sup>1179</sup>.

Este camino hacia la publicidad emprendido por algunas legislaciones no es un fenómeno reciente, ni siquiera contemporáneo. Jaques Necker, ministro ilustrado de Luís XVI, inauguró la era de las democracias contemporáneas mediante un acto posiblemente más revolucionario que todos los escritos de su época: abrió a la contemplación pública los

---

<sup>1178</sup> La modificación introducida al artículo 75.7. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del Régimen local, establece: «Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal. Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público: a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local. b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto. Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo».

<sup>1179</sup> Brines Almiñana, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales* (art. 75.7 LRBRI): consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación, Ob. Cit.

*arcana imperi* de las cuentas del Estado y estableció la obligación de su propio Ministerio de Hacienda de comunicar públicamente los presupuestos generales de la Administración<sup>1180</sup>. El ministro implantó la «franqueza y publicidad» en la política fiscal al considerar que la buena opinión del pueblo respecto a su actividad política dependía de tal claridad, a diferencia del rey o de otros ministros, cuya buena imagen podía basarse en los símbolos o tradiciones asociados a su posición de poder. La gran contribución de Necker a la historia de la opinión pública no fue tanto que haya escrito sobre su poder, sino más bien la importante innovación que hizo al publicar declaraciones fiscales (*compte rendu*), de modo tal que los méritos y los defectos de la política del gobierno en este campo pudieran ser analizados en público. Y lo que nos interesa mencionar es que así lo hizo, precisamente, para calmar al público que empezaba a desconfiar de la administración de las finanzas y temía que el ingreso del tesoro no ofreciera ninguna seguridad al capital y a los intereses de los acreedores. Nos explica Dader<sup>1181</sup> que las democracias liberales paulatinamente surgidas de aquel cataclismo establecieron una intrincada red de derechos de los gobernados ante los poderes del Estado cuyas libertades más emblemáticas –de expresión, asociación, participación–, giraban siempre en torno al principio de la transparencia de la vida pública. El grito de los demócratas ilustrados de ¡luz y taquígrafos! guió las conquistas de la libertad de prensa. La conciencia de indefensión del individuo aislado frente al silencio y ocultismo de los gobernantes fomentó la configuración de una opinión pública activa que ejerciera de voz y de fiscal frente a los posibles abusos de los poderes institucionales. Y las corrientes

---

<sup>1180</sup> Jaques Necker trabajó en pos de establecer el funcionamiento de un Estado transparente. En el año 1781 publicó su famoso «Compte-rendu au Roi» (Rendición de cuentas al Rey) en el que detalla el funcionamiento de las finanzas reales, los principios de su administración y la situación financiera de Francia.

<sup>1181</sup> Dader, José Luís, *La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo de información en España*, Ob. Cit.

de opinión, tanto de la élite como las populares, de las nuevas sociedades democratizadas se decantaron de forma natural hacia la petición de progresivos avances del derecho a saber del público respecto a los asuntos administrados por los representantes y sus burocracias. Fue entonces cuando las administraciones públicas fueron cediendo muy poco a poco los inmensos territorios de potencial corrupción y privilegio cubiertos por el manto protector de la razón de Estado y los secretos oficiales. **Desde entonces han pasado más de dos siglos, pero aún hoy cuando su deseabilidad es afirmada por todos, cuando preámbulos y declaraciones de propósitos preconizan que la transparencia y la publicidad son pilares fundamentales de un Estado Democrático, la práctica administrativa de España confirma una atávica aprehensión a ellas.** La reticencia a la publicidad no está sólo en el legislador que dejó con carácter «reservado» el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de los altos cargos. **El Registro de Actividades tiene carácter público y, a pesar de ello, no resulta posible para el ciudadano acceder en forma a sus datos. Nos detenemos sólo en un ejemplo que bien prueba lo aseverado: *la preuve par l' exemple***

Hacia el mes de mayo de 2008 los medios de comunicación alertaron sobre una posible violación a la regulación de conflicto de intereses. **David Taguas Coejo, Director de la Oficina Económica del Presidente, dejaba su puesto de confianza política para prestar servicios a SEOPAN<sup>1182</sup>**, calificada por los medios de comunicación como «el lobby de las constructoras». Las noticias del caso ocuparon durante varios meses los titulares más destacados de los periódicos<sup>1183</sup>. Las sospechas se centraron en que, como

---

<sup>1182</sup> «Asociación de Empresas Constructoras del Ambito Nacional».

<sup>1183</sup> «Taguas depende de la Oficina de Conflictos [e] Intereses para estar al frente de SEOPAN», Público.es, 1 de mayo de 2008; «Taguas depende de la Oficina de Conflictos [e] Intereses para estar al frente de SEOPAN», El País, 2 de mayo de 2008; «Políticos de un millón de euros», El País, 4 de mayo de 2008; «Taguas cobrará el 80% de su sueldo además de lo

director de la Oficina Económica del Presidente, Taguas era miembro de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos donde se toman acuerdos sobre todas las decisiones económicas del Gobierno, entre ellas los planes de vivienda protegida o los contratos de obras públicas y que, por tanto, «ocupaba un puesto que le permitía tener acceso a «todos los resortes, visibles e invisibles, de la política económica del España»<sup>1184</sup>. La desconfianza que con ello se transmitía a la colectividad era palpable. En términos jurídicos, el problema radicaba en una posible violación del art. 8 de la LCI, según el cual durante los dos años posteriores a dejar su cargo, los altos cargos no pueden «desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado» y que, concretamente, uno de los supuestos consistía en que «hubieren intervenido en sesiones del órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades»<sup>1185</sup>. Finalmente, la Oficina de Conflicto de Intereses<sup>1186</sup> resolvió de forma favorable a la nueva actividad del ex agente. Tiempo después, hacia el mes de septiembre de 2009 y cuando el

---

que le paguen los constructores», *elmundo.es*, 6 de mayo de 2008; «El caso Taguas pone el Gobierno en su primer aprieto», *El País*, 17 de mayo de 2008;

<sup>1184</sup> Políticos de un millón de euros, *El País.com*, 4 de mayo de 2008. Se citaban casos: i) Pilar González de Frutos: Su designación como presidenta de la patronal del seguro, Unespa, ocho meses después de dejar la Dirección General de Seguros en 2002, encendió la polémica. Justificó que nunca había firmado expedientes relacionados con Unespa, si bien sus decisiones afectaban a las empresas de la patronal; ii) **Gloria Hernández**: Las críticas arreciaron días después del nombramiento de González de Frutos, en julio de 2003, con el fichaje por el Banco Pastor de Gloria Hernández, ex directora general del Tesoro, además de consejera del Banco de España (supervisor de la banca) y de la CNMV. No hubo impedimentos, y iii) **Alfredo Timermans**: El ex secretario de Estado de Comunicación de José María Aznar fichó en 2005 por Telefónica. Fue el único caso donde se abrió expediente informativo, aunque el Gobierno de Zapatero lo archivó cuando la compañía garantizó que trabajaría en una filial que no opera en España (Véase Políticos de un millón de euros, *El País.com*, 4 de mayo de 2008).

<sup>1185</sup> Ley 5/2006, de 10 de abril, art. 8.1.b.

<sup>1186</sup> Adviértase que varios titulares, al referirse al caso Taguas, mencionaban a la «Oficina de Conflicto e Interés», lo que avala nuestra afirmación de que los medios de comunicación no están del todo familiarizados ni con el título de la ley, ni con su contenido

tema ya no ocupaba la atención pública, en el marco de nuestro trabajo de investigación, y haciendo uso del derecho que como ciudadanos nos asiste de consultar los archivos y registros administrativos (art. 105 b CE), se solicitó una certificación del «Registro de Actividades de Altos Cargos» en lo relativo al agente. En respuesta la Oficina de Conflicto de Intereses entregó: i) Declaración de Actividades a la toma de Posesión, presentada el 12 de marzo de 2007 (la toma de posesión fue el 4 de diciembre de 2006), ii) Declaración de actividades al cese de 22 de abril de 2008; iii) Nota suscripta por David Taguas de fecha 30 de abril de 2008 por la que sólo comunica su intención de desempeñar el cargo de Presidente de SEOPAN, tras su cese como Director de la Oficina Económica del Presidente; iv) Nota de fecha 14 de mayo de 2008 suscripta por la Subdirectora General de la Oficina de Conflictos de Intereses por la hace saber que «a la vista de los informes emitidos por el Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y el Secretario de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, no existen objeciones que formular al inicio de la misma», v) Nota similar de fecha 23 de julio de 2008 por el que tampoco se presentan objeciones para que el ex alto cargo ocupe los cargos de Vicepresidente de la Confederación Nacional de la Construcción y de Presidente de la Agrupación Nacional de Construcciones de Obras; y vi) Nota similar de fecha 19 de junio de 2009 por la que esta vez no se encuentran objeciones para que se incorpore a los órganos rectores de C.E.O.E. (Confederación Española de Asociaciones Empresariales). Con estos documentos la posibilidad de evaluar la racionalidad de la decisión que no veía objeciones para la nueva actividad privada del ex Director de la oficina Económica del Presidente era imposible. En definitiva, tras tanto papel, sólo se nos había entregado copia de una nota que por todo fundamento afirmaba, sin ninguna autosuficiencia, que «a la vista de los informes remitidos» no había objeción para conceder a Taguas la autorización que solicitaba. Ni los antecedentes, ni los fundamentos de esta decisión estaban plasmados. **No**

**había en toda la certificación del público «Registro de Actividades» que nos fuera entregada una sola constancia de los informes que motivaron semejante decisión.**

Para excluir la posibilidad de que la insuficiente información obedeciera a un descuido, se solicitó a la Oficina de Conflicto de Intereses «copia de los informes y resolución –si la hubiera– a los que se hace referencia en los oficios de fechas 14 de mayo de 2008, 23 de julio de 2008 y 19 de julio de 2009». Entonces, la respuesta de la Oficina fue: «le señalo que esos informes no son públicos de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo los documentos finales del expediente los que ya se han remitido». Claro que, nuevamente, sin conocer a qué preceptos concretos hacía referencia la autoridad, es imposible comprender la motivación del secreto que la Oficina de Conflictos decidió mantener. No ha de extrañar, pues, que la decisión del órgano de control no nos parezca ajustada. Tres aspectos tenemos en cuenta para acusar este desacierto. En primer lugar, tenemos que la LCI establece que los Registros de Actividades tienen carácter público y que se rigen por: i) Ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal; y ii) por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En segundo lugar, ocurre que, precisamente, el art. 37 de la referida Ley 30/1992, establece que los «los ciudadanos tienen el derecho de acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a

procedimientos terminados en la fecha de solicitud». Y finalmente, se nos presenta el hecho de que al momento de que solicitáramos la certificación del «Registro de Actividades», el trámite de autorización de la posterior actividad privada compatible ya había finalizado. Merced a estos tres datos anteriores, los archivos relativos a la autorización de la nueva actividad de Taguas deberían por fuerza estar a disposición de los ciudadanos. Claro que la excepción al caso la podríamos pensar en los términos del apartado 2 del citado art. 37 en cuanto dispone que «El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas (...)». Pero ello mal podría aducirse puesto que, por un lado, el propio legislador ya descartó que pueda hacerse valer esa «intimidad» al adjudicar carácter público al «Registro de Actividades», y que, a más de ello, el contenido de los informes que se decidieron secretos no podía más que decir si David Taguas Coejo durante el desempeño de su cargo había intervenido en el dictado de resoluciones o bien en sesiones de un órgano colegiado en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación a la referida SEOPAN, y no se nos ocurre aquí de qué forma podría justificarse una injerencia en la vida privada del cargo público.

Pero en definitiva, si la digresión con la reseña del «Caso Taguas» nos pareció conveniente no fue para dar cuenta de una decisión probablemente desacertada tomada por la Oficina de Conflictos de Intereses, sino para probar aquella afirmación que presentamos en páginas anteriores: **la confusión entre los espacios público-privado son perversas y así como el escenario público lo ocupan temas íntimos, lo público permanece en la oscuridad asegurada por el aparato burocrático del Estado y, evidentemente, no es fácil superar las barreras que desde él se imponen.** Ni el mejor jurista podría evitar tener que forzar con nuevos pedidos y sucesivos reclamos a la autoridad administrativa para que le permita acceder, en casos como estos, a ciertos archivos. Y eso que el Registro que los contiene es calificado como público por una ley y que la Constitución reconoce el

derecho de acceder a los archivos y registros administrativos. ¡Cómo no comprender, entonces, que los ciudadanos abandonen la participación pública por hastío! Si esto le sucede a un jurista, *¿Cuánto más estaría dispuesto a hacer un ciudadano medio para controlar la racionalidad de la autorización que se confiere a un ex alto cargo para emprender actividades privadas que se sospecha incompatibles?* Queda ya meridianamente claro que **la solución al secretismo no pasa tanto por reconocer carácter público a un Registro, sino en reducir enérgicamente la tendencia instintiva de la Administración de actuar en la intimidad.**

**Más allá de los paulatinos progresos legislativos y la pervivencia de las deficiencias administrativas, lo cierto es que en el ámbito de la Administración General del Estado la LCI ha dejado poco sitio para que operen controles superiores sobre sus gobernantes y altos cargos.** Semejante situación afecta tan profundamente la calidad de la democracia que, incluso, García Mexía llegó a sostener que el carácter reservado del «Registro de bienes y derechos», implementado con rotundidad y sin excepciones por la anterior legislación [que es la que el autor reseña], resultaba inconstitucional por ser contrario al art. 105 b) CE en tanto reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos<sup>1187</sup>. Recordamos aquí que la Ley de Incompatibilidades de 1995, a diferencia de la actual, no preveía tan siquiera la publicación en el BOE de las declaraciones patrimoniales de los miembros de Gobierno y Secretarios de Estado; su secretismo era palmario. Sintéticamente, los argumentos sustentados por García Mexía fueron los siguientes:

---

<sup>1187</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Págs. 208-209.



i) El Registro de bienes y derechos patrimoniales es uno de los «archivos y registros administrativos» a los que se refiere la Constitución<sup>1188</sup>.

ii) El acceso a ese registro no puede verse imposibilitado pues no cabe en ninguna de las tres excepciones que la Constitución prevé al respecto [i.e. afectación a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, y la intimidad de las personas]<sup>1189</sup>.

iii) No es legítimo fundamentar el carácter reservado del «Registro de bienes y derechos» en una supuesta lesión de la seguridad y defensa del Estado. La consideración como reservado de este registro no es proporcionada para conseguir el fin de garantizar la seguridad y la defensa por dos motivos. En primer lugar, la publicidad sí sería en cambio proporcionada al fin de preservar la independencia e imparcialidad de los altos cargos. En segundo término, porque mecanismos tan simples como la obligatoria acreditación de su identidad por quien solicitare acceso al contenido del registro, o la exclusiva limitación de acceso a los datos de los altos cargos directamente involucrados en la seguridad y defensa del Estado, permitirían contrarrestar los daños que la publicidad pudiese generar a tales seguridad y defensa<sup>1190</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el contenido del «Registro de bienes y derechos no debe considerarse «materia clasificada» a la luz de la Ley de Secretos Oficiales.

iv) En todo caso, debe resultar aplicable al Registro la legislación ordinaria sobre el acceso a archivos y registros administrativos (Cfr. art. 37 Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

---

<sup>1188</sup> Así lo afirmaba, teniendo en cuenta el texto de la anterior ley que establecía que este registro era custodiado por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública (Ibídem, Pág. 209).

<sup>1189</sup> García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Ob. Cit., Pág. 209.

<sup>1190</sup> García Mexía, Pablo, Ibídem., Págs. 212-213.

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común)<sup>1191</sup>.

Ahora bien, aunque el razonamiento de García Mexía lo apreciamos como apropiado en tanto y en cuanto descarta que la Ley de Secretos Oficiales<sup>1192</sup> pueda justificar el no dar publicidad a las declaraciones de bienes y derecho patrimoniales de los altos cargos, encontramos que la gran ausencia de su planteo de inconstitucionalidad está en no haber confrontado el «derecho de acceso a los archivos y registros administrativos» (art. 105 b CE) con el derecho a la intimidad (art. 18 CE). Eso sí, debemos matizar que este análisis lo hizo respecto del carácter público de las declaraciones de actividades; cuestión diferente para nosotros pues, como se explicó, no contienen datos materialmente íntimos<sup>1193</sup>. Pero, hecha la acotación, debe aducirse que la no afectación al derecho a la

---

<sup>1191</sup> García Mexía, Pablo, *Ibidem*, Pág. 214.

<sup>1192</sup> Ley de Secretos Oficiales. Ley 9/1968, de 5 de abril (modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre).

<sup>1193</sup> García Mexía si se ocupa de analizar la publicidad del Registro de actividades frente al derecho a la intimidad de los altos cargos (*Ibidem*, Págs. 197-201). Su desarrollo es el siguiente: «Obviamente, la cuestión medular estriba en la noción de «intimidad de las personas». La mayor o menor amplitud de su ámbito determinará que se vea más o menos fácilmente afectado por el carácter público de las declaraciones de actividades. Ante todo, viene a colación la legislación sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando estatuye que la protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen, cuando estatuye que la protección civil de la intimidad «quedará limitada por las leyes y los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia». Por razones lógicas, bien cabe entender que «por sus propios actos» el cargo político que hubiere aceptado esa responsabilidad habría asumido al tiempo un menor (nunca nulo, desde luego) ámbito reservado a su intimidad o a la de su familia. Por otra parte, siempre a tenor de la legislación citada, quedará excluida la existencia de una «intromisión ilegítima» en el ámbito de la intimidad protegido cuando estuviere «expresamente autorizada por ley». Siendo evidente que la «intromisión» (legítima a buen seguro) viene en este caso autorizada por Ley, propia Ley 12/1995, de 11 de mayo. Convendrá también interpretar el régimen jurídico que nos ocupa a la luz de la jurisprudencia constitucional. Según nuestro Alto Tribunal y, en primer lugar, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en la Constitución salvaguarda un espacio que «queda sustraído a intromisiones extrañas», en tanto que garante de la «existencia en dignidad» que la Constitución pretende extender a toda persona; en segundo lugar, el derecho a la intimidad personal sólo impide las intromisiones en ese ámbito que sean «arbitrarias o ilegales». Ahora bien: en primer término, el hecho de que el registro de Actividades de la Ley 12/1995 sea de carácter público no implica una «intromisión extraña» que impida la «existencia en dignidad» del alto cargo cuyas declaraciones se conocen de esta forma por los ciudadanos; lo único que accede al conocimiento de la colectividad (provista por cierto de su derecho a obtener información veraz [art. 20.1 d) CE] y del derecho a difundir y comunicar información [art. 2.1 a) CE]) es un conjunto de datos concretamente ajustados al fin que

intimidad es, aparte del secreto de Estado, otra de las excepciones al reconocimiento del «derecho de acceso». Luego, si así lo es, se imponía que para llegar a una afirmación tan arriesgada como la acusación de inconstitucional de un precepto se evalúen en profundidad todos los aspectos trascendentes. Y, por cierto, más acertado parece razonar que si el legislador se decidió por no hacer públicas las declaraciones patrimoniales de los altos cargos no fue por entender que ellas merecen tratarse como «materia clasificada», sino porque de revelarlas a toda la ciudadanía se estaría afectando la intimidad de los sujetos que se ven obligados a formularlas. Si sabemos que el «derecho de acceso» y, como derivación de este, la publicidad y transparencia administrativa, pueden limitarse para proteger la intimidad, lo que se impone desentrañar es en qué casos es proporcionado hacerlo. En resumidas cuentas: ***¿es constitucional una norma que dispone dar a conocer a los ciudadanos las declaraciones patrimoniales que los altos cargos están exigidos a formular?*** Para resolver el interrogante [y como no existe un parámetro objetivo que sirva para definir con exactitud la constitucionalidad de una norma, si no es en relación a concreta] es que al igual que se hizo en el apartado anterior, **ensayaremos un control de constitucionalidad bajo la forma de «interdicción de exceso»<sup>1194</sup> de una hipotética una norma que así lo dispusiera. Esta norma de análisis, que en este caso identificamos como la LCI (2), contendrá el mismo texto de la Ley 5/2006 de 10 de abril**

---

la declaración se propone conseguir: la garantía de la independencia e imparcialidad del alto cargo en el ejercicio de sus competencias, mediante el control de su posible inclinación a favorecer su patrimonio personal en detrimento del interés público. En segundo término, es obvio que la «limitación» de la intimidad que pudiera provocar el carácter público de la declaración de actividades está lejos de ser «arbitraria» –por responder al fin señalado– y lejos de ser «ilegal» pues nada menos que una norma con rango de ley (Ley 12/1995) la estatuye. En vista de todo ello debemos concluir que el carácter público del Registro de actividades de la Ley 12/1995 no afectaría el derecho a la intimidad de los altos cargos, obligados a declarar en su virtud».

<sup>1194</sup> En la interdicción de exceso el «juicio de proporcionalidad» evaluará que si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios estará vulnerando el derecho fundamental intervenido y, en consecuencia, corresponde ser declarada inconstitucional (Véase «El canon constitucional: Juicio de proporcionalidad» en la página 447 y ss.).

de 2006 pero concediendo un tratamiento diferente del derecho a la intimidad de los altos cargos. Con mayor suspicacia nuestra LCI (2) establecería en su art. 14.3 que «El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales tendrá carácter público, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares»<sup>1195</sup>.

Así las cosas, procede una vez más llevar a cabo un «juicio de proporcionalidad» sobre la legitimidad o constitucionalidad del precepto propuesto. Para ello, en primer lugar, identificamos que en la LCI (2) hay una «adscripción *prima facie*» al derecho a la intimidad. Como se explicó, gobernantes y altos cargos, al igual que el resto de los ciudadanos, tienen «derecho a no ser molestados»; «derecho a ser desconocidos» y «derecho a autopresentarse a los demás». Esta forma de presentar el derecho a la intimidad implica reconocer como fundamental e irrenunciable el *derecho a poseer una intimidad elegida*; el derecho a que cada individuo pueda decidir libremente qué datos de su privacidad dará a conocer<sup>1196</sup>. Se dijo también que la consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, nunca puede consistir en una renuncia total a la vida privada<sup>1197</sup>. Por otro lado, justificamos en este trabajo que la composición y evolución de un patrimonio personal, tal y como se exige que sea denunciada en la declaración de bienes y derechos de altos cargos, integra aquella intimidad protegida constitucionalmente por el art. 18.1 CE. Sucede, no obstante, que una ley –en nuestra hipótesis de trabajo la LCI (2)–, reclama a ciertos personajes públicos declaren íntegramente sus bienes, derechos y obligaciones ante la autoridad estatal, y no sólo eso, además establece que el contenido de éstas declaraciones [claro que con la

---

<sup>1195</sup> Se reedita la limitación de datos «en pos de la salvaguarda de la privacidad y seguridad» de los altos cargos contenida en el art. 14 de la LCI que establece que el contenido de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado su publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

<sup>1196</sup> Véase en la página 57 y ss.

<sup>1197</sup> Véase al respecto en la página 29.

omisión de datos que hacen fundamentalmente a la ubicación de los bienes] sea puesto a disposición del conjunto de los ciudadanos. De esta forma, al disponer semejante publicidad, la injerencia que se provoca en la intimidad es manifiesta. Si por el medio que fuera [vgr. BOE, internet, etc.] se hacen públicas sus declaraciones patrimoniales, los altos cargos no sólo no podrán elegir mantener en secreto su «economía», sino que tan siquiera tendrán poder para controlar ni qué sujetos, ni con qué fines reales se accede la información sobre sus personas. Con todo ello es obvio que la LCI (2) estaría provocando una afectación negativa al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE en tanto niega a estos personajes públicos sus derechos a:

**i) no ser molestados:** la publicidad de las declaraciones patrimoniales puede afectar la tranquilidad subjetiva de los altos cargos. Pero aún cuando así fuera, ellos no podrían rechazar que se revele ante la colectividad su intimidad económica, y, como consecuencia de ello, que se difunda información al respecto en los medios de comunicación, y que el desarrollo y composición de sus patrimonios sea objeto de crítica masiva. Los servidores públicos se sabrán observados y enjuiciados en sus asuntos económicos y, por tanto, condicionados en sus decisiones y comportamientos. Pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan<sup>1198</sup>. Pero precisamente esta especie de censura auto impuesta (o autorregulación) es lo que la LCI (2) espera incitar en ellos. Con su finalidad preventiva, subyace a la norma el siguiente postulado: si el agente conoce que sus actividades económicas y patrimonio serán objeto de un abierto escrutinio por parte de los ciudadanos y del poder público, verá en algo afectada

---

<sup>1198</sup> Véase en la página 394 cuando se justifica que «pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan y una forma de evitar ese juicio es que los otros no sepan lo que hacemos. No le falta razón, entonces, al literato cuando opina que actuar de un modo distinto en privado y en público es la experiencia más evidente de cada uno y que, en todo caso, el respeto de esa diferencia entre lo privado y lo público es la condición sine qua non para que un hombre pueda vivir como un hombre libre».

su voluntad y movida a no actuar con infidelidad al mandato propio de un servidor público y ético. En este contexto, **no resulta para nada desacertado sostener que la norma quiere «molestarlo», claro que si así lo hace es en pos de asegurarse a un agente dedicado al interés general.** Y, como nos decía Espinar Vicente, «siempre que se condiciona la voluntad se afecta la intimidad»<sup>1199</sup>.

**ii) ser desconocidos:** gobernantes y altos cargos deben tolerar que cualquier ciudadano sepa quiénes son y obtenga información de su intimidad, tal como la descripción integral de su patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) y sus actividades económicas. Asimismo, como consecuencia de los controles que la LCI (2) habilita, tampoco pueden elegir no dar cuentas de su economía personal. No podrán decidir si someten estos aspectos a la opinión pública y, por tanto, en mala hora han de albergar la pretensión de permanecer en el anonimato.

**iii) autopresentarse ante los demás:** gobernantes y altos cargos no pueden elegir por qué aspectos de su vida privada ser conocidos. Los ciudadanos tenemos derecho a conocerlos, aparte de por su actividad pública, por sus negocios personales y propiedades.

A las claras hay en la LCI (2) una afectación al derecho del art. 18.1 CE. Y esta afectación de una posición iusfundamental prima facie provocada por una norma legislativa [primer presupuesto del juicio de proporcionalidad] implica la atribución a aquella del carácter de intervención legislativa en el derecho fundamental [segundo presupuesto]. Luego, la atribución de carácter de intervención a la LCI (2) pone en marcha el análisis de la proporcionalidad propiamente dicha y así el de su primer **subprincipio de idoneidad.**

---

<sup>1199</sup> Espinar Vicente, José María, *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ob. Cit., Pág. 53.

Superada la acreditación de los «presupuestos», en este primer tramo del juicio de proporcionalidad tenemos en cuenta que lo que busca la LCI es estatuirse como un instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio de gobernantes y altos cargos<sup>1200</sup> y, básicamente, operar como una herramienta contra la corrupción de aquellos<sup>1201</sup>. Bajo este amplio enfoque, **el sistema de publicidad de las declaraciones patrimoniales se nos presenta con una dimensión jurídico-constitucional incontestable** que apunta, de forma inmediata, a garantizar que la minoría rectora de la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales (art. 123.1 CE) y, ya de modo inmediato, a establecer condiciones para la vigencia del «Estado Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE); y la participación ciudadana resulta un elemento ineludible para su instauración (9.2 y 105.1 CE)<sup>1202</sup>. En el específico caso de la LCI (2) la participación operará en un especial proceso de rendición de cuentas<sup>1203</sup>. Por todo ello, y en tanto la norma persigue los fines constitucionalmente legítimos que acabamos de enunciar, resulta que el hecho de que en párrafos anteriores le hayamos adjudicado la potencialidad de afectar un derecho fundamental como el derecho a la intimidad, no autoriza a que automáticamente podamos hacer inferencias definitivas sobre su inconstitucionalidad. Deben evaluarse otros aspectos, como su idoneidad. Afirmamos entonces que, más allá de identificar fines constitucionalmente legítimos, la LCI (2) resulta idónea para alcanzarlos. En efecto, **una adecuada publicidad de las declaraciones patrimoniales de todos los altos cargos funciona como elemento disuasorio suficiente para que si alguno de ellos está**

---

<sup>1200</sup> Véase «La Ley 5/2006 como instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio» en la página 534y ss.

<sup>1201</sup> Véase en «La Ley 5/2006 como versátil herramienta contra la corrupción» en la página 537 y ss.

<sup>1202</sup> Véase en «El fin constitucionalmente legítimo perseguido por el sistema de declaratividad de la Ley 5/2006» en la página 597 y ss.

<sup>1203</sup> Véase en la página 308 y ss.

**tentado de ser infiel se desanime a causa de las dificultades que le acarrearía el aumentar ilícitamente su patrimonio y que ello pueda ser, muy probablemente, descubierto.** La publicidad da oportunidad a que los ciudadanos escruten concretas parcelas de la vida privada de los agentes y de alguna forma intervengan en un importante proceso de rendición de cuentas. En este particular proceso, los sujetos cuentadantes (responsables políticos) son los altos cargos definidos por ley. Ellos han de rendir cuentas, no sobre «actos de dirección política», sino de asuntos personales con relevancia pública que así merecen calificarse en tanto permiten controlar el fiel ejercicio del cargo. Los sujetos ante los que de forma inmediata han de rendir cuentas son, no sólo la autoridad estatal (vgr. Oficina de Conflicto y Congreso de los Diputados.) sino ante la colectividad en su conjunto. Y ello es así puesto que la publicidad de las declaraciones, dispuestas en nuestra hipotética LCI (2), **da ocasión a los ciudadanos para inspeccionar sus patrimonios y, eventualmente, formular aquellas denuncias que pongan en marcha los procesos sancionatorios administrativos, responsabilidad política institucional y difusa y, en última instancia, responsabilidad penal.** En este contexto normativo que ficcionamos, los altos cargos de la Administración General del Estado están obligados a dar cuenta suficiente de que están cumpliendo sus actos de gobierno con objetividad, sirviendo los intereses generales y sin enriquecerse de ninguna manera a costa del poder que ejercen. Por supuesto no sería factible si no se facilita el control por parte de los ciudadanos mediante la publicidad de las declaraciones patrimoniales. Sólo si éstas se hacen públicas, podrá –por ejemplo– el vecino constatar por sí mismo si aquel alto cargo a quien día tras día lo ve disfrutar –como parte de su vida privada y «doméstica»– de una residencia la ha declarado como de su titularidad. La sospecha inicial de un bien o derecho no declarado daría lugar al órgano de control a practicar las averiguaciones necesarias para saber a qué a



título jurídico responde la utilización o posesión de aquel bien inmueble. La especulación no es desacertada y de hecho algunas legislaciones [coincide con las que penalizan el enriquecimiento ilícito de los funcionarios] atrapan el supuesto. Interesa mencionar por sus alcances el caso de la «Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función» de la República de Costa Rica<sup>1204</sup> que autoriza a inferir en el caso de un usufructo no declarado un acto de testaferrismo. Así, identificando el título del precepto como «Simulación» establece: «podrá concluirse que existe simulación, si no hay concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que estén usufructando de hecho. Para que esa simulación se configure, será necesario que el usufructo sea sobre bienes de terceros, que por ello aparezcan en la declaración del funcionario, que este no pueda exhibir ningún título sobre ellos, y que el usufructo sea público y notorio, parcial o total, permanente o discontinuo. Se entiende que existe usufructo de hecho sobre bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consanguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la indicada forma indicada de usufructo. Todos los bienes de los cuales se goce de usufructo de hecho, por cualquier motivo, deberán ser declarados». Como veníamos diciendo, el vecino, que presuponemos cívicamente concientizado, será el testigo indiscutible del «nivel

---

<sup>1204</sup> Art. 32, de la Ley 8422, de 6 de octubre de 2004, publicada en el diario oficial «La Gaceta» 212, del 29 de octubre de 2004. Asimismo, en la Nación del Paraguay, la Ley 2523/2004 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias tipifica el enriquecimiento ilícito recogiendo expresamente el caso del usufructo. Su artículo 3º dispone «1) Comete hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2º, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el **usufructo de bienes**, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente. b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas. 2) Será aplicable también a los casos previstos en el inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el Artículo 57 del Código Penal».

de vida» del servidor público y quien, llegado el caso, denunciará los desajustes de los que se percate con la intención de poner freno a la corrupción política, sabiendo que –al contrario de como sentencia Don Quijote, siempre «le va algo en ello»<sup>1205</sup>. **Escrutar el «nivel de vida» de un alto cargo no tiene por qué ser una actitud frívola**<sup>1206</sup>. **La publicidad pretende que se detecte con mayor facilidad su enriquecimiento ilícito y, frente a ello, no puede alegarse sin más la concurrencia del derecho a la intimidad.** No se trata más que de facilitar el seguimiento de la evolución de la riqueza personal de estos cargos políticos de modo que cualquier falta intencionada a la verdad en sus declaraciones o cualquier enriquecimiento no suficientemente justificado genere su inmediato cese o, en su caso, las sanciones correspondientes y las explicaciones ante el Congreso de los Diputados. En suma: la publicidad de las declaraciones patrimoniales asegura una supervisión externa adecuada por parte de la ciudadanía y, por encima de todo,

---

<sup>1205</sup> En «Una sentencia del Quijote», Jorge Luís Borges hace referencia al Capítulo veintidós del primer Quijote que dice «Señores guardas, estos pobres no han cometido nada contra vosotros; allá se la haya cada uno con su [pecado]. Dios hay en el cielo que no se descuida de castigar al malo ni de premiar al bueno, y **no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres no yéndoles nada en ello**». De ella se vale para justificar que los hombres de «nuestra América», como los españoles, no se identifican con la legalidad, ni con el esfuerzo del Estado. Afirma: «El sudamericano (y el español) saben (o mejor dicho, sienten) que no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, según lo formuló Don Quijote. El norteamericano, en cambio, es básicamente estadual. No cumple con su destino, como la vasta mayoría de todos nosotros, al margen o a pesar del gobierno» (*Textos recobrados 1931-1955*, Ed. Emecé Editores, Buenos Aires, 2007, Págs. 61-64). Y para justificarse que «no le va nada en ello» el personaje de la novela del Marías reflexiona: «la impunidad del mundo es tan inabarcable, tan antigua y larga y ancha que hasta cierto punto nos da lo mismo un milímetro más. Suena raro y suena mal, y sin embargo puede ocurrir: quienes sentimos esa aversión preferimos a veces ser injustos y que algo quede sin castigo a vernos como delatores, no lo podemos soportar –al fin y al cabo la justicia no es cosa nuestra, no nos toca actuar de oficio–» (Marías, Javier, *Los enamoramientos*, Ed. Alfaguara, Madrid, 2001, Pág. 257-258).

<sup>1206</sup> Sería por tanto un completo error considerar que el apreciar la «imagen» de un gobernante, criticarla o rechazarla es una frívola distracción respecto de la auténtica sustancia de la política. La «imagen» determina su credibilidad, nos habla de su honradez y de su transparencia, nos permite «escrutar» y evaluar su integridad. Todo ello incide en la verdadera fuente de su poder, en su legitimación democrática, y puede tener (y a menudo tiene) consecuencias materiales sustanciales para la institución que encarnan (véase en la página 328).

contribuye a crear un clima y una cultura en la que se valore la honestidad<sup>1207</sup>. Por otro lado, asegurar la transparencia de la Administración genera en la opinión pública una actitud positiva hacia ella: si la población deja de percibir la importancia de la función pública o la probidad de los miembros que la componen cualquier manera de hacer frente a los actos de corrupción administrativa quedaría gravemente debilitada<sup>1208</sup>. Cuanto más transparente sea la sociedad, menor será el riesgo que tendrá de corromperse, y la información constituye uno de los medios más eficaces del ciudadano para combatirla. Definitivamente, no habrá verdadera democracia si se veda al ciudadano la información veraz que le permitirá juzgar la idoneidad moral de quienes sirven al interés general<sup>1209</sup>.

Acreditado como quedó el subprincipio de idoneidad toca pasar a analizar el **subprincipio de necesidad**, lo que nos conduce a cuestionarnos si existen medios alternativos que afiancen los mismos fines y resultados que los perseguidos por la LCI (2). Se trata, ni más ni menos, de realizar una compensación entre medios y justipreciar si la publicidad de las declaraciones patrimoniales de altos cargos y gobernantes es la medida más benigna con el derecho a la intimidad, entre todas aquellas que pudiéramos imaginar que revistan la misma idoneidad para contribuir a alcanzar su mismo propósito; propósito que ya identificamos con una doble intención. Por un lado, la de asegurar que aquéllos trabajan al servicio del interés general, y que, por lo tanto, no se comprometerán en

---

<sup>1207</sup> Malem Seña, Jorge F., *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, España, 2002, pág. 89.

<sup>1208</sup> Informe Nolan, Ob Cit, Pág. 95. Documento incluido dentro de la Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

<sup>1209</sup> «Asimismo, el derecho contenido en el art. 105,b) de la Constitución es, y no en menor medida, especificación con relación a un terreno materialmente acotado, el de la Administración Pública, de las exigencias que dimanen del derecho a la libertad de expresión, 20,1 a), y a la información, 20.1 c), a la par que un medio para el correcto y adecuado ejercicio de este último» (Pomed Sánchez, Luís Alberto, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 1989, Pág. 80).

prácticas corruptas. Por otro lado, la intención de abrir un canal para que los ciudadanos puedan participar activamente de un especial proceso de rendición de cuentas, componente democrático de todo poder de representación. En nuestro caso este proceso de rendición de cuentas consiste en que los agentes expliquen a la colectividad cómo está conformado su patrimonio y cómo va evolucionando durante el desempeño del cargo. Sucede entonces que si bien otras muchas medidas podrían implementarse para asegurar el primero de los objetivos [la variedad es tan amplia como amplias son las distintas herramientas contra la corrupción] no alcanzamos a imaginar otra técnica más óptima para hacer operativo el principio de responsabilidad por representación política con participación ciudadana que la de hacer públicas las declaraciones patrimoniales. Y lo que por su trascendencia tampoco puede perderse de vista es que de este modo se suman otros logros de importancia constitucional, como dar una efectiva vigencia al derecho constitucionalmente reconocido de los ciudadanos de acceso a los registros y archivos administrativos (art. 105. b CE). Asimismo, se aumenta el efecto preventivo buscado por la norma puesto que –como ya señalamos– el hecho de saberse objeto de las miradas atentas de los ciudadanos y medios de comunicación funcionará desmotivando las acciones corruptas. A nadie escapa el hecho de que desalienta el enriquecerse sin la posibilidad actual [o más o menos inmediata] de disfrutar de las ventajas de ese acrecentamiento patrimonial y conviviendo con la inseguridad de un muy factible descubrimiento de la venalidad. Y aunque la declaración de bienes no será –es de esperar– llevada a cabo de manera veraz, precisa e integral por quienes estén comprometidos en prácticas corruptas, se piensa que la exigencia de que registren de forma periódica su realidad económica sienta un precedente importante para cualquier proceso de investigación ulterior. En otras palabras: resultando indiscutible la tendencia a ocultar las propias faltas, es de lo más factible que el agente infiel mienta en su

declaración patrimonial. La autoridad no podría coaccionarlo para que se autoincrimine. Pero si se descubre que ha mentido u ocultado bienes en su declaración patrimonial, con lo que nadie mejor que el ciudadano puede colaborar, nada impide que –en principio– ello se tome como un indicio o mera sospecha (nunca como prueba directa) de la posible comisión de un acto de corrupción<sup>1210</sup>. Este agente se vería en serias dificultades para sugerir que cualquier riqueza obtenida posteriormente y no declarada, fue adquirida legítimamente.

Finalmente, en el tercer paso, el **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto** obliga a preguntarnos si las ventajas que se obtienen exigiendo una declaración de patrimonio de carácter público compensan los sacrificios que semejante injerencia en el derecho a la intimidad impone a sus titulares. Ahora bien, si al evaluar el principio de idoneidad y necesidad los argumentos centraron su desarrollo en la identificación de fines constitucionales y, en definitiva, en la *voluntad del Estado* de garantizarlos, toca aquí focalizar nuestra atención en la *voluntad del titular del derecho intervenido*. Así, puestos a evaluar concretamente en los términos del binomio «sacrificios-ventajas», debemos comenzar por reconocer que en el caso de las «personas públicas» los sacrificios o cercenamientos en muchos de sus derechos responden a la ofrenda que ellos mismos presentan cuando, al aceptar un cargo, expresan su decidida vocación hacia el servicio

---

<sup>1210</sup> Defensor de la constitucionalidad de la incorporación de las «reglas presuntivas» al Código Penal es Asencio Mellado quien –como dijimos– propugna la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. Afirmar «Nadie duda ya de la validez de las presunciones en el proceso penal, de la prueba indiciaria para servir de fundamento a una sentencia condenatoria. La exigencia de que toda resolución de este tipo se basara en pruebas directas, propio del inquisitivo, que comportaba por lógica, la presencia de una confesión forzada o por testigos, ha sido sustituida, paulatinamente, por la prueba indirecta, aquella que se basa en la presencia de indicios y que, en la prueba pericial científica ha alcanzado su principal exponente (...) el delito de enriquecimiento ilícito constituye un complejo presuntivo basado en tres elementos: el incremento del patrimonio del funcionario público, la desproporción de ese incremento en relación con sus ingresos ordinarios, y la falsedad o inexactitud, pues, de los datos que, legalmente, viene obligado a proporcionar para conocimiento general» (Asencio Mellado, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, Ob. Cit.)

público. El sujeto que libremente se decide a participar en la gestión del poder público sabrá siempre, con independencia de las leyes vigentes, que existe la posibilidad en abstracto de que, a causa de su especial estatus, sus derechos se vean limitados de diferentes formas e incluso más intensamente en el futuro, en pos de logros comunes. Rawls lo explica afirmando que los deberes posicionales surgen como resultado de nuestros actos voluntarios<sup>1211</sup>. Por nuestra parte, lo hicimos reflexionando en este trabajo que la posición institucional de los altos cargos está definida por el poder político estatal que ejecutan [y que libremente han decidido ejecutar] y que esta situación, el indicativo, se toma como presupuesto que origina un imperativo: pesa sobre ellos el mandato de soportar especiales cargas jurídicas y éticas, recogidas en el deber de asumir una «responsabilidad política»<sup>1212</sup>. Por todo ello, sí reservamos para la evaluación de este tercer subprincipio un papel preponderante para la voluntad del alto cargo, esto obedece a que el sacrificio que la ley le pide responde a un interés público pero que, en todo caso, entra a escena a resultas de la su elección como titular del derecho a la intimidad. Cronológicamente, aparece antes y en abstracto, una voluntad autolimitadora del agente, que concreta voluntad limitadora de la ley. De este modo, **si el «sacrificio» responde, en un principio a la voluntad de propio titular del derecho cercenado, cabe concluir sobre su menor entidad. Su conducta anterior de asumir un cargo público de elite se convierte en un indicio de su intención de tolerar [insistimos que sólo en abstracto] mayores injerencias.**

---

<sup>1211</sup> Véase en la página 320.

<sup>1212</sup> Como dijimos, hay dos situaciones básicas que caracterizan el singular estatus jurídico de los gobernantes y altos cargos, a saber: **i)** que el criterio de legitimación de su autoridad es el principio democrático; poseen «legitimidad democrática», y como consecuencia de ello, **ii)** que pesa sobre ellos una obligación general de rendir cuentas, lo que los vuelve sujetos pasivos de «responsabilidad política». La legitimidad democrática, funciona como el *indicativo* y presupuesto que genera el *imperativo* de la responsabilidad política y, por tanto, se da entre ambas una auténtica relación de dependencia: una no puede sostenerse sin la otra. Véase en la página 283.

Cobra así plena vigencia lo establecido por el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en cuanto establece que la protección del derecho a la intimidad queda delimitado atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí. Otro dato que nos señala una menor entidad del sacrificio es el hecho de que los aspectos de la privacidad que se dan a conocer con la publicidad de las declaraciones patrimoniales son, materialmente hablando, un aspecto fronterizo del derecho<sup>1213</sup>. De hecho, la intervención que dispone la LCI (2) sólo elimina algunas de las posiciones adscriptas al derecho a la intimidad, pero no todas. El agente, como toda persona pública, podrá defenderse frente a cualquier invasión indebida cuando la información divulgada sobre su economía exceda la necesaria y directamente vinculada a su función, es decir, cuando lo divulgado no conduzca a evaluar cualquier forma de corrupción atenuada [i.e. conflicto de intereses] o tradicional. Pero más allá de esta forma garantista de ejercer el derecho [estatus negativo], tendrá el alto cargo el derecho activo a controlar el flujo de información que lo afecta. También en pos de evaluar los sacrificios, corresponde ponderar si tendría el alto cargo una calidad de vida mínima aceptable en caso de que se publiquen sus declaraciones patrimoniales integrales, o si, por el contrario, se estaría poniendo en peligro su vida, integridad física y propiedad. García Ferrer trae un dato de hemeroteca que ilustra con precisión este planteo. Cita el caso de un periódico navarro que publicó la matrícula del automóvil de una diputada y que se consideró que con ello se ponía en riesgo no sólo su propiedad sino también su seguridad personal. Según opina, «es desproporcionada la publicación de datos privados que, siendo innecesarios, ponen además en potencial peligro otros bienes jurídicos tan

---

<sup>1213</sup> Véase en la página 230.

importantes como la vida, la integridad física y la propiedad»<sup>1214</sup>. Claro que si seguimos el método de análisis del «juicio de proporcionalidad», resulta que en caso de verificarse que un dato es innecesario para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo [cfr. subprincipio de idoneidad] debe, desde entonces, concluirse la inconstitucionalidad de la norma, medida o divulgación de información, siendo irrelevante el posterior escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto. Un dato innecesario es siempre inconstitucional, como también lo es la divulgación de un dato necesario pero que pone en peligro la vida del titular del derecho en conflicto. Es una cuestión de magnitudes y sin protección de la vida misma o la integridad física no es posible garantizar fin constitucional alguno. No obstante, téngase en cuenta que evaluar si hay efectivamente un peligro para la vida, la seguridad o la propiedad implica un análisis de tipo factual, no normativo. Lógicamente, puede suceder que ciertos datos sean útiles y necesarios pero desproporcionados. Claro que si se publicara la matrícula o dirección exacta de la vivienda de un alto cargo, el escrutinio sería más preciso. En mejor medida se podría detectar la mendacidad de la valoración de los bienes e incluso la omisión de datos declarados. No obstante, hacerlo en un país con fuerzas terroristas operativas sí podría poner en jaque la seguridad del agente. Hasta ahí aquí no cabe duda que serían de atender y muy seriamente las objeciones y críticas al sistema de publicidad. Lo que no parece en absoluto desproporcionado, y por tanto no las vemos como críticas que se deban asumir, son aquellas que pretenden negar la razonabilidad de exigir otras especificaciones, como, en el caso de los inmuebles la localidad en la que se encuentran, o las concretas sumas depositadas en entidades bancarias o financieras, identificando las entidades y las sumas en cada caso. Mientras que esta forma

---

<sup>1214</sup> García Ferrer, Juan José, *El político: su honor y vida privada*, Ob. Cit., Pág. 311.



de circunstanciar las declaraciones permitirá un mejor control y llegado el caso facilitará sumamente la investigación administrativa y/o penal, no parece que en el aquí y ahora de este país pudiera poner en peligro ni la vida, ni la seguridad, ni la propiedad de los servidores públicos. Ciertamente es que la parte más difícil de este examen no sería tanto decidir las categorías de agentes que han de declarar [pensamos en que no hay inconveniente en extender esta exigencia a funcionarios] ni la categoría de bienes a declarar [la declaración solo será eficaz si es auténticamente integral], ni el tiempo [será mejor la cotidianidad que la periodicidad de antes y al finalizar el mandato-]. La dificultad está, precisamente, en decidir hasta qué grado debe existir un acceso público a este tipo de declaraciones; cuánto debe darse a conocer. Puede que en algunos países con índices de criminalidad más elevados y en riesgo continuo a causa de los secuestros extorsivos, se escuchen voces precavidas que sostengan que el hecho de que se haga pública la riqueza de un cargo público pueda funcionar como una invitación abierta a que los secuestradores actúen y reclamen los montos declarados en el rescate. Pero este tipo de especulaciones, de por sí inciertas en el caso de personas que ya son «atractivas» para ciertos criminales por su sólo perfil político y condición de vinculados al poder, no pueden aplicarse a la realidad española.

Hasta aquí la ponderación de los sacrificios, pero **¿cuáles son las ventajas?**

Sabemos que una importante regla de evaluación del «juicio de proporcionalidad» nos dice que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático [ventaja], mayor será su peso en la ponderación. Si por las variadas razones que acabamos de exponer, el sacrificio que la LCI (2) provoca en la intimidad del alto cargo no merecerse calificarse de mayor entidad, sí es una ventaja de mayor entidad o peso el hecho de que la norma que está afectando negativamente ese derecho abra las puertas para la participación ciudadana en un proceso de rendición de cuentas tan

importante como el que nos ocupa. Los fines constitucionales perseguidos, ya dijimos, directamente trabajan en pos de la calidad básica de la democracia. Suficientemente se ha justificado este extremo.

Y por este camino de mejorar la calidad de la democracia pareciera que va transitando el legislador nacional que recientemente ha modificado el penúltimo inciso del artículo 160.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, al disponer la publicidad en la web de las Cámaras de las declaraciones patrimoniales de Diputados y Senadores. Lo que nos interesa especialmente resaltar es que en la Exposición de Motivos de aquella Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, da razones suficientes para sostener la constitucionalidad de semejante medida, a la vez que destaca la ventaja que la publicidad ofrece al dar ocasión de participar a los ciudadanos en los controles y, con ello, afianzar la confianza en los «políticos». Al respecto [y esto nos remite al tan referido en este trabajo «deber de ofrecer una imagen de servidor público y ético», traducido en la responsabilidad por la imagen misma] sostiene que *«Los Diputados y Senadores han de ser ejemplo de rigor y de transparencia, de manera que ambos principios constituyan las señas de identidad de su actividad política»* y que *«La transparencia establecida (...) no invade derechos constitucionales, ni convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares. Las circunstancias de la vida pública española operan a favor de la transparencia de las rentas y bienes de las personas que elaboran y aprueban las leyes. Un velo protector que difumine o coloque en un registro secreto la realidad patrimonial de los legisladores, más que proteger su derecho a la intimidad, podría presentarse por aquellos que buscan la ocasión para generalizar sin rigor o difamar sin causa, como circunstancia propicia para la maledicencia y hasta como indicio sospechoso de comportamientos repudiables»*. Y, finalmente, a ello agrega que la ley *«pretende contribuir a liberar a los Diputados y Senadores de injustificables*

*valoraciones negativas que muchas veces se predicán del colectivo de los políticos teniendo como única base los juicios previos. Prejuicios que sólo pueden arraigar en una opinión pública no suficientemente informada. En consecuencia, (...) aspira a que los ciudadanos tengan información sobre el patrimonio y rentas de sus representantes políticos y que puedan acceder a ella fácilmente a través del «Boletín Oficial de las Cortes Generales» y de la página web de cada Cámara».*

El «juicio de proporcionalidad» de la LCI (2) se ha superado con éxito y da la satisfacción de haber realizado un proceso que ofrece un mayor grado de racionalidad argumentativa que la sintética sentencia que, sin resolver el conflicto pero poniendo fin a la discusión, nos dice que al «arrojarse a la arena pública» el alto cargo asumió el riesgo de ver cercenado su derecho a la intimidad. Y esta operación de someter nuestras propuestas al «canon constitucional» suma razones para sostener que, en definitiva, aquello que es bueno para los parlamentarios [tal como recientemente se reconoció con el dictado de la citada Ley Orgánica 7/2011] también lo es para los altos cargos. No parece que en un mismo ámbito de auténtica representación política (independientemente de sus grados) pueda justificarse un tratamiento diferente para un proceso de rendición de cuentas tan básico e imprescindible como lo es el control del patrimonio de los agentes públicos.

El control del patrimonio de un gobernante puede ser algo «entretenido» y «entrometido». Seguramente terminará por afectar su intimidad, pero la realidad nos muestra, día tras día, que la corrupción sólo puede ser reducida si se la convierte para su actor en un gran riesgo. Para ello, permitir el ojo escrutador de los ciudadanos y medios de comunicación es imprescindible. Es el momento de ser más suspicaces y comenzar a cuestionar seriamente el indebido tratamiento que la legislación vigente concede a los políticos y a su intimidad.



## CONCLUSIONES

### PRIMERA

Si pensamos el derecho a la intimidad desde el triple enfoque propuesto [derecho a no ser molestado, derecho a ser desconocido y derecho a autopresentarse a los demás] podría arriesgarse que el alto cargo al asumir la función toma para sí –al menos implícitamente– el deber institucional de renunciar a la protección de su privacidad. Sin embargo, esta idea indudablemente está expresada con excesiva energía y reclama una graduación proporcional.

Mal puede pretenderse para él la utopía de «la casa de cristal» en la que Breton ansiaba vivir. Una vida de total transparencia es, aún para las personas públicas, una equivocada idea del totalitarismo y responde a su antiquísimo sueño de un mundo en el que todos viven en armonía, unidos en una sola voluntad y una sola fe comunes, sin guardarse ningún secreto unos a otros. Muy por el contrario, la experiencia que tenemos de la necesidad de intimidad y del pudor nos dice que esa clase de vida no debiera ser realizable.

Gobernantes y ciudadanos bien sabemos que la mirada ajena, y el juicio que lleva consigo, pueden resultar opresivos. Pocas dudas hay de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan y una forma de evitar ese juicio es que los otros no sepan lo que hacemos. Y aunque el ciudadano y el alto cargo no están *sub specie iuris* en la misma situación, tampoco la consecuencia de ser un personaje público, y serlo voluntariamente, puede consistir en una renuncia total a la vida privada. Hay un límite al poder de disposición del derecho; un límite a los «propios actos» y a la autodeterminación. El ordenamiento jurídico no puede permitir, ni aún cuando ello responda a una decisión espontánea de su titular, la renuncia o disposición de los derechos a la personalidad; no

puede admitir conductas que agredan la dignidad humana. De tal suerte, si bien es cierto que las posibilidades de autodeterminar el contenido de su derecho son mucho más escasas en los sujetos públicos, ello no impide que, al igual que el resto de los ciudadanos, guarden para sí la facultad de decidir cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida cuando éstas no revistan interés público. En el específico caso de las «personas públicas», la «autodeterminación informativa» sólo tendrá por objeto de decisión aspectos de sus vidas privadas que no se vinculan con *un interés público-político*, con los precisos alcances que llegamos a concretar.

## **SEGUNDA**

El gobernante, y los altos cargos en general, –al menos potencialmente y, muy probablemente junto a los parlamentarios– son los personajes de quienes se espera una máxima visibilidad. Si en la generalidad, la cualidad de «persona pública» tiene como efecto el rebaje del umbral de su intimidad, éste dejar extramuros de la protección del derecho se intensifica aún más en el caso de que el cargo público ejercido sea de uno de aquellos posicionados en la elite de Administración y para el que se fue legitimado merced la confianza directa o derivada otorgada por la colectividad.

## **TERCERA**

Al reconocer que en el caso de los altos cargos se da la presencia de «cuestiones privadas de trascendencia pública», no se pretende que aquél exhiba su intimidad en un escaparate, sino que se asuma como un sujeto políticamente responsable, con una especial

obligación de rendir cuentas y, por tanto, de transparencia; transparencia siempre buscada en razón de su gestión.

#### **CUARTA**

No desmiente el postulado de que el alto cargo mantiene un ámbito de reserva de su vida privada, la constatación de que cada vez más se nos aparece el fenómeno de la «personalización de lo político», por el cual percibimos como en ese ámbito las personas sobresalen por encima de los temas mientras que los temas políticos se convierten en temas de imagen. Hay quizás en este giro de la mirada hacia la imagen y la publicidad de sus cuestiones personales un cierto riesgo de fisgoneo sobre el que las opiniones más críticas hacen bien en alertar. Pero, llegado el caso, los eventuales peligros se compensan con otros que de impedir tajantemente el conocimiento de datos de la vida privada de los gobernantes serían mucho más graves. De hecho, la ausencia de información políticamente relevante y, como consecuencia de ello, la continua falta de responsabilidad política, e inclusive, la permeabilidad de actos de corrupción, son riesgos que no deberían asumirse.

#### **QUINTA**

Las construcciones jurídicas utilizadas por la doctrina para justificar límites en la intimidad de los altos cargos suelen desarrollar un esquema de argumentación a partir de una premisa central: quien voluntariamente, o por sus propios actos, elige dedicarse a la gestión del poder público, a causa de esta libre y espontánea elección, debe asumir un ámbito de protección menor en sus derechos de la personalidad. Este razonamiento —de uso extendido— merece ser cuestionado, no por falso, sino a causa del inmerecido papel decisivo que se adjudica a la voluntad del titular del derecho.

El hecho de que un ciudadano haya resuelto voluntariamente «saltar a la arena política» (o pública), no puede nunca ser razón suficiente o «pieza clave» para legitimar limitaciones a su intimidad. La fórmula retórica «arrojarse a la arena política», a fuerza de ser repetida, ha dejado instalado en la opinión pública un concepto de intimidad y honor de las personas públicas devaluados. Sugiere que un político electo al asumir su cargo se traviste en una especie de gladiador participante de una lucha frente a bestias que le ganan en tamaño y ante las que se encuentra completamente desprotegido o, al menos, sin otra defensa que sus propias fuerzas. Tal es el paisaje al que nos remite y, por ello, se opinó que el «tropo» de un coliseo romano puede que no sea el más adecuado para hablar de instituciones democráticas. Este, como su argumento hermanado, de que «quien juega con fuego se acaba quemando» [dicho británico, utilizado por sus tribunales *those who play at bowls must expect rubbers*] puede que defina una postura, que cierre una fundamentación o que con él se dé por concluida una discusión, pero nunca resolverá equitativamente el problema planteado.

## **SEXTA**

Básicamente dos son las teorías jurídicas que suelen emplearse para explicar la especial modulación de los derechos de la personalidad y otros derechos fundamentales de los servidores públicos. Ambas gravitan sobre dos voluntades distintas: la del individuo que decide trabajar por lo público, y la del Estado que propende a la protección de lo público. Es así como, centrando la atención en la decisión de quien asume la arriesgada profesión de la política, se habla de la «doctrina de los propios actos» [o bien de los «propios actos», tal como refiere la Ley 1/1982]. Por otro lado, tomando como relevante la voluntad del Estado en su fin de servir con objetividad a los intereses generales, se hace referencia a las «relaciones de sujeción especial».



Definitivamente, una y otra teoría, ya sea entre líneas o de modo expreso, terminan por aparecer las más de las veces que se plantea el tema.

## SEPTIMA

Equivocadamente la «doctrina de los propios actos» suele ser utilizada al justificar los límites a la protección de los derechos de la personalidad. Incluso se ha llegado a identificarla (por cierto más incorrectamente aún) con el enunciado de la Ley Orgánica 1/1982 del art. 2.1.

El recurso a esta «regla de derecho» no resulta oportuno por diversas razones: **i)** porque sólo se refiere a situaciones en las que se amparan derechos de contenido patrimonial y responde a los principios y lógica del derecho privado; **ii)** es incompatible con el principio de irrenunciabilidad de derechos; **iii)** el alto cargo no podría nunca válidamente aceptar de parte del Estado una injerencia en su intimidad inidónea, innecesaria o no proporcionada [si la Ley limitadora respeta el canon, el hecho de que «por sus propios actos» se hubiera o no aceptado su contenido al asumir un cargo público es en absoluto irrelevante: el servidor deberá cumplirla]; **iv)** la importancia de la voluntad (expresa o tácita) inferida a partir de los «propios actos» del agente queda desplazada frente a la necesidad de subordinar la protección de su derecho a la intimidad a intereses públicos; **v)** el Estado no puede acordar con sus funcionarios que no opongan resistencia al manejo indiscriminado de información sobre aspectos de su privacidad pues, a diferencia de los sujetos privados, encuentra su actuación vinculada a los fines que le asigna el ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE) [donde no hay servicio al interés general, donde no hay necesidad, idoneidad y proporcionalidad, no debe haber actuación pública].

Por otro lado, cuando la Ley Orgánica 1/1982 hace referencia a los «propios actos» no está reconociendo la aplicación de la «doctrina de los actos propios» al tratamiento de los derechos de la personalidad. Lo que hace, estrictamente, es admitir que frente a una determinada situación o conducta de una persona, los actos anteriores o coetáneos relacionados con esa conducta o situación pueden ser un indicio de la intención de ese sujeto, en el sentido de que su comportamiento puede dar pistas de si ha querido mantener en el ámbito de su intimidad determinada conducta.

Se habla de «actos propios» dentro del ámbito conceptual de la Ley 1/1982 sólo como límite *interno* que brota del mismo derecho a la intimidad y, fundamentalmente, para evaluar la legitimidad-ilegitimidad de las injerencias operadas por particulares.

## **OCTAVA**

También podría postularse que los Miembros del Gobierno y altos cargos encajan – en principio– en la categoría jurídica de «relaciones de sujeción especial» dado que algunos de sus derechos, claramente su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y su derecho constitucional de propiedad (art. 33 CE); y de forma más dudosa, sus derechos al trabajo (art. 35 CE), al ejercicio de profesión titulada (art. 36 CE) y a la libertad de empresa (art. 38), se ven reducidos a resultas de la posición jerárquica que ocupan, como órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado. Indudablemente, ellos poseen u estatus constitucional diferenciado.

No obstante, así como nunca puede ser la voluntad del servidor público la que se imponga para justificar una injerencia del Estado en su intimidad, tampoco podrá ser una «prepotente» potestad de la Administración la que lo limite.

Cuando se habla de «sujeción» se está haciendo referencia a una situación jurídica subjetiva de potestad en la que se encuentra la Administración respecto de, en este caso, los funcionarios públicos (o altos cargos) eventualmente afectados por su actuación. Pero lo cierto es que esta «sujeción» no es tanto una sujeción al poder de la Administración, sino al mismo ordenamiento jurídico entendido objetivamente. Es en definitiva, el ordenamiento jurídico, no la voluntad limitadora de la Administración, ni la voluntad de prestarse a la limitación del funcionario «por sus propios actos», lo que habilita y da eficacia jurídica a la restricción. Las relaciones entre los funcionarios y los poderes públicos son «relaciones jurídicas», no relaciones de poder o relaciones de sujeción especial. Desde esta perspectiva, la categoría de «relaciones de sujeción especial» es, al menos desde el dictado de la Constitución de 1978, una construcción innecesaria en el ordenamiento jurídico español: el título limitador de los derechos fundamentales no puede ser otro que el ordenamiento jurídico.

## **NOVENA**

Para justificar injerencias dispuestas por el Estado en la intimidad de los altos cargos se propone desplazar el centro de gravedad de argumentos basados en la «doctrina de los propios actos» y las «relaciones de sujeción especial» y focalizarlo en la «decisiva categoría material de interés público-político», vinculando a ésta los fines constitucionales perseguidos por la medida legislativa de que se trate. Precisamente, ambos aspectos son los tenidos en cuenta por el canon de constitucionalidad empleado por el Tribunal Constitucional. Este canon, identificado como «principio de proporcionalidad», resulta el concepto jurídico que brinda una máxima racionalidad a los fines propuestos.

## DECIMA

Es usual aún hoy, cuando ya han pasado más de cinco años de la modificación legislativa, escuchar de boca de algunos actores políticos referirse a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de *Conflicto de intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado*, como «Ley de incompatibilidades». Pero exactamente esta nueva norma, con exclusividad o preeminencia, no es ni una ni ley sobre «conflictos de intereses», ni de «incompatibilidades». Cualquiera de estas dos formas de evocarla resulta peligrosamente parcial en tanto deja fuera otro aspecto esencial de su contenido: el control del patrimonio de gobernantes y altos cargos. Y al hacerlo así termina por esconder su principal objetivo, pues bien mirada la LCI, más que una legislación sobre incompatibilidades o conflictos de intereses, es una auténtica herramienta contra la corrupción.

## UNDÉCIMA

Cuando la LCI abre espacios para investigar la privacidad de los gobernantes y altos cargos (su intimidad económica), asume un papel trascendente en la prevención, detección y castigo de cualquier clase de ilícito o irregularidad que haya provocado el incremento patrimonial no justificado, con total prescindencia del hecho o modalidad del acto corrupto o cuasi corrupto que fuera su casusa. Por tanto, la llamada «Ley de conflicto de intereses» no sólo busca detectar, prevenir y castigar la intervención en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas [forma atenuada de corrupción], sino también prevenir, detectar y castigar situaciones de incompatibilidades [puede haber violación a la dedicación exclusiva con la superposición de dos cargos públicos] y descubrir la existencia de enriquecimientos ilícitos en que pudieran

verse comprometidos los Miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado [clásicos actos de corrupción]. En definitiva, de lo que se trata es de evitar con suficiente anticipación, que el puesto público ocupado por el gobernante o alto cargo se convierta en una unidad de maximación.

## **DUODÉCIMA**

Bajo el acotado distintivo de «Ley conflicto de intereses» se destaca sólo un aspecto de la norma, dejando fuera otros que tienen igual o mayor relevancia que aquél y que por tanto merecerían ser integrados al título de alguna manera. Habría bastado con hallar el hilo conductor o «eje vertebrador» de la ley para dar en el clavo. La cuestión es crucial pues -y esto no debiera olvidarse nunca- la ley no se dirige sólo al jurista, sino al ciudadano. Es más, en este caso no son otros que los ciudadanos los destinatarios privilegiados a los que la norma da paso para que participen de los controles democráticos operados sobre los altos cargos y gobernantes; un control que se ocupa del antes, durante y después de la función. Por lo tanto, si lo que se pretende es, reforzar los controles democráticos sobre los altos cargos, e incluso sobre su vínculo familiar más íntimo (algo de ello dice el Preámbulo), más que nunca el título diseñado para la LCI debería haber facilitado al hombre de a pie su identificación y explicarle en algo su contenido. Tenemos una ley que habla de los conflictos de intereses, del mecanismo de las incompatibilidades y del control del patrimonio y actividades de los altos cargos. No obstante, su título no nos familiariza con esta última posibilidad de escrutar algo de la privacidad de estos cargos de elite. Lo que se silencia no es un dato menor, es nada más ni nada menos que la existencia de mecanismos de los más versátiles para prevenir y detectar otros actos de corrupción cometidos por altos cargos y gobernantes y, con ello, la invitación a la colectividad de cooperar en mantener la vigencia de principios constitucionales tan básicos como la

vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y hacer operativa la responsabilidad política y jurídica de sus gobernantes. Con todo ello, a nuestro criterio hubiera sido más adecuado identificarla como «Ley Anticorrupción» o «Ley de Probidad» de Gobernantes y altos cargos.

### **DECIMOTERCERA**

La LCI dispone una «intervención legislativa» sobre el derecho a la intimidad de los gobernantes y altos cargos en cuanto les exige que declaren formalmente sus actividades y patrimonio privado, dejando prácticamente fuera de su poder de «autodeterminación informativa» su intimidad económica, siendo –por lo demás– irrelevante el hecho de que el contenido de aquellas declaraciones esté sólo disponible para pocos órganos del Estado o que lo esté para la ciudadanía general. Lo que el derecho a la intimidad protege es que aquellas materias han de permanecer en reserva frente a todos, incluso frente a la autoridad.

### **DECIMOCUARTA**

Como señalamos, la LCI asume como objetivo el reforzar los controles democráticos sobre gobernantes y altos cargos. Para lograr semejante escrutinio se vale de una serie de técnicas o mecanismos que exhiben al menos dos notas comunes: **i)** tienden a prevenir y detectar no sólo las situaciones de conflicto de intereses, sino también otro tipo de actos corruptos; **ii)** la puesta en marcha de los controles que subyacen a cada una de éstas técnicas provocará no sólo injerencias en la intimidad o privacidad de los sujetos llamados a soportar el escrutinio, sino también en la de su vínculo familiar más íntimo. De este modo, efectúa una operación de «conversión legislativa»: los asuntos privados sobre los que actúan sus controles pasan a ser «cuestiones de interés público», pero hay en esta

última forma de llamarlos una elipsis que entraña el peligro de olvidar que en ese paso de lo público a lo privado debe mediar un «juicio de proporcionalidad».

En definitiva, en virtud de la LCI los altos cargos no sólo están obligados a rendir cuentas de su gestión pública, sino también de su vida privada, al menos en lo que respecta a sus actividades profesionales, mercantiles y laborales y a la configuración y evolución de su patrimonio personal.

## DECIMOQUINTA

La LCI dispone de las técnicas de incompatibilidad, fideicomiso ciego y declaratividad para vigilar actividades y situaciones de gobernantes y altos cargos que se suceden fuera de lo que es el ejercicio de las funciones públicas. La expansión de los controles democráticos en espacio y tiempo que cada una de estas tres técnicas lleva consigo obliga a cuestionar los lindes de la categoría subjetiva «persona pública», tal como fueron formulados en la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional.

Con un espíritu de precisión y a la luz de la LCI, la categoría jurídica subjetiva «persona pública» debería redefinirse haciendo constar: **i)** que de ella interesa cuanto diga y haga en ejercicio de su función y fuera de la misma, siempre que se vincule *directa e inmediatamente* a ella; y **ii)** que caen también bajo esa tipología quien aún no gestiona el poder público [tal el caso del «candidato» -art. 2 LCI-], como aquel que ha cesado en el cargo cuando el interés público que atrae responde a: la *legitimidad de origen* como de *ejercicio* de la función realizada, y fuera de estos casos, cuando se trata de controlar, durante el llamado «período de enfriamiento», aquellos aspectos privados que legalmente continúan sujetos a control [art. 8 LCI].

## **DECIMOSEXTA**

La LCI hace un indebido tratamiento del derecho a la intimidad del alto cargo y de su familia: protege cuando no debiera hacerlo y descuida cuando debiera proteger, lo que supone una patente neutralización del amplio sistema de control que establece en principio. El carácter diferencial que se adjudica a los registros, algunas exigencias y otras desvinculaciones, justifican lo afirmado, aunque no puede decirse que todas las falencias detectadas sorprendan. Históricamente la normativa de incompatibilidades ha caído en errores o descuidos que mermaron en la práctica la concreción de sus objetivos. Y aún cuando se opina en este trabajo que la ley se equivoca, no se puede dejar de señalar que la postura sostenida en la tesis no es incontestable: la escasa pero autorizada doctrina nacional que hasta ahora ha analizado la normativa de incompatibilidades y conflicto de intereses, en posición contraria a la nuestra, felicita el modo en que la LCI desanudó el conflicto que se provocaba entre el derecho a la intimidad y los fines y bienes constitucionales perseguidos.

## **DECIMOSEPTIMA**

La LCI supone un indebido tratamiento del derecho a la intimidad de la familia del alto cargo.

Por un lado, reconoce en las actividades, y desarrollo y composición del patrimonio del vínculo íntimo del alto cargo una materia cuyo conocimiento reviste trascendencia para la sociedad [arts. 6.1; 7.1; 12 y 13, y párrafo sexto de su Preámbulo]. En efecto, sus referencias normativas nos hablan de realidades que parecen inquietar desde el punto de vista institucional y que se vinculan a la posible infidelidad del agente y al uso de sus allegados para encubrir su venalidad. Ocurre, sin embargo, que se muestra tan inoportunamente medida en hacer valer ese interés público que los «datos relevantes» terminan por quedar en



secreto y sobre seguro de la no intromisión y control, no sólo de la colectividad en general, sino de la propia «Oficina de Conflictos de Intereses». Ello obedece a que finalmente la LCI no exige, tan siquiera a su cónyuge del alto cargo o persona con la que conviva en igual relación de afectividad, la presentación de una declaración de actividades y patrimonio. Y evidentemente lo hace así en la inteligencia de que de reclamarles esa información atentaría contra su intimidad, tal como lo interpreta y con lo que coincide la doctrina.

En el específico caso de la familia, la doctrina opinó que «exigirles una declaración formal sobre todos sus bienes e intereses es desproporcionado, ya que éstos no tienen que ver con la decisión de aquel de ser hombre público» y que «entre nosotros sólo el consentimiento puede permitir que la intimidad de personas que no pertenecen al Gobierno, ni ocupan alto cargo alguno, se vea limitada». Recoge similar postura la LCI cuando obliga al alto cargo a presentar declaración de sus bienes y derechos, pero en el caso del cónyuge dispone que voluntariamente *podrá* formularla. Nos resulta llamativo que esta razón parezca causa suficiente como para mantener a familiares e íntimos del alto cargo ajenos a un control tan imprescindible.

Efectivamente, asiste razón a quien pone de relieve que el derecho a la intimidad tiene un carácter selectivo. Poseemos el *derecho a una intimidad elegida*, pero toda elección se paraliza cuando surgen razones de interés público que hacen estrictamente necesario descubrir precisos datos de la esfera íntima de personas públicas o privadas. Puede suceder —como en estos supuestos sucede— que el gobernante o alto cargo, como «persona pública» irradie el interés público que cae sobre su persona a su familia o vínculo íntimo, y en virtud de ello que alguno de los derechos fundamentales de estas «personas privadas» puedan también verse limitados, no por causa propia, sino por causa del agente al que se lo vincula.

Utilizando la terminología del Tribunal Constitucional, tenemos que el familiar íntimo del alto cargo (originariamente «persona privada») eventualmente puede convertirse

en una «persona de proyección pública» por el sólo hecho de mantener ese vínculo con el gestor público siempre y cuando la divulgación de hechos o información sobre sus vidas privadas sea *estrictamente* necesaria para el interés público.

La divulgación de ciertos «datos económicos» del vínculo íntimo del alto cargo es *imprescindible* para la información, crítica y el control del sistema democrático. Por tanto, si legislativamente se sostiene ese interés, el familiar ya no será una «persona privada» para nada «obligada a soportar el riesgo» de que su intimidad sea intervenida, sino una «persona con proyección pública» que, llegado el caso, deberá tolerar que precisos datos de su «intimidad económica» se divulguen o sean denunciados a la autoridad estatal.

No es jurídicamente posible que el «vínculo íntimo» de un gobernante o alto cargo pueda imponer sin más la reserva de su intimidad económica a la autoridad y, según el caso, a la ciudadanía. En mala hora pueden esperar que su privacidad tenga el mismo valor que los intereses generales. No se trata de que el familiar del político de elite deba entregarse, sin condiciones, a las exigencias del interés público. Ni ellos, ni cualquiera de los gestores de lo público, ni cualquier simple ciudadano, pueden ser utilizados como medios para alcanzar el bien común. Pero, claro está, tampoco pueden pretender verse desvinculados totalmente de su consecución. El interés general los toca, tal y como puede sucederle a cualquier otro ciudadano y por las más diversas razones [vgr., entre otros, el deber de presentar declaraciones impositivas en pos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo].

Indudablemente, el carácter selectivo de la intimidad puede quedar paralizado en casos, como en este, donde el fin perseguido es, nada más ni nada menos, que prevenir y detectar actos de corrupción política.

## **DECIMOCTAVA**

La inclusión en la LCI de una disposición que establezca la exigencia dirigida al cónyuge del alto cargo, o persona que conviva en análoga relación de afectividad, de presentar ante la «Oficina de Conflicto de Intereses» una declaración integral de sus bienes, aunque afectaría negativamente el derecho a la intimidad, pasaría con éxito el canon de constitucionalidad. Mientras que de no imponerse el sistema de declaratividad al «vínculo íntimo», quedarían neutralizados en su operatividad los tres mecanismos de control previstos. De hecho, en lo respectivo a la «declaración de bienes, derechos y obligaciones» la misma nota de voluntariedad –inconvenientemente establecida por la LCI– dificulta el control de las obligaciones de interdicción de no poseer del art. 6, del deber de inhibición del art. 7, y del de constitución de fideicomiso ciego del art. 13, exigidas al propio alto cargo.

Lo que en rigor resultaría innecesario sería que una vez que se decida por obligar al cónyuge a declarar actividades, bienes e intereses, se haga pasar esa misma declaración por manos del alto cargo. Con ello se estaría intensificando sin justificación alguna la injerencia, pues aún entre cónyuges puede que haya una «intimidad económica» que preservar.

El deber impuesto a un cónyuge de formular una declaración integral de su patrimonio y entregarla al alto cargo [como hace alguna legislación autonómica], aunque fuera para su posterior presentación ante una autoridad estatal, no superaría con éxito el subprincipio de necesidad del juicio de ponderación por resultar violatoria del art. 18 CE.

## **DECIMONOVENA**

La LCI supone un indebido tratamiento del derecho a la intimidad del alto cargo. Al enfrentarse a su «intimidad económica» el legislador se decidió –en la generalidad de los casos– por negar la publicidad, aún cuando esos datos sean de reconocida relevancia pública. El resultado es una incontestable dificultad de la capacidad real de los ciudadanos de hacer valer la responsabilidad política institucional y difusa de los agentes en los acotados términos de la norma.

El aparente avance de la LCI hacia la reubicación de los espacios de *lo público* y *lo privado* también se vio truncado por el tardío reglamento que la desarrolló, dejando una realidad de mucha opacidad: los datos destinados a ser públicos, siguiendo el formulario por él diseñado, resultan tan escuetos que terminan por transmitir una información inconducente para el efectivo control de la constitución y evolución patrimonial de esta minoría rectora de la Administración.

La norma trasluce con toda nitidez una opción por el secreto, y aún cuando a medias tintas excluya de la reserva a los cargos con mayor notoriedad pública [vgr. miembros del Gobierno y Secretarios de estado], semejante situación no responde a las actuales demandas de la colectividad. El reclamo que en todo el suelo español [no pareciera con rigurosa unanimidad, pero sí en amplísima mayoría] los ciudadanos dirigen a la clase política es de una mayor transparencia de sus patrimonios y de un compromiso real con los procedimientos de rendición de cuentas. No querer tomar nota de estas pretensiones no denota simplemente ceguera, sino una auténtica infidelidad del cumplimiento del mandato representativo que han asumido.

## VIGÉSIMA

La inclusión en la LCI de una disposición que estableciera hacer públicas las declaraciones juradas patrimoniales de los altos cargos, independientemente de su jerarquía,

afecta negativamente su derecho a la intimidad. Al menos –podría decirse– que les niega sus derechos a: **i) no ser molestados**: la publicidad de las declaraciones patrimoniales puede afectar su tranquilidad subjetiva. Los servidores públicos se sabrán observados y enjuiciados en sus asuntos económicos y, por tanto, condicionados en sus decisiones y comportamientos; **ii) ser desconocidos**: gobernantes y altos cargos deberían tolerar que cualquier ciudadano sepa quiénes son y obtenga información sobre la descripción integral de su patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) y sus actividades económicas; y **iii) autopresentarse a los demás**: gobernantes y altos cargos no pueden elegir por qué aspectos de su vida privada ser conocidos. Los ciudadanos tenemos derecho a conocerlos, aparte de por su actividad pública, por sus negocios personales y propiedades.

Pero, claro está, que el hecho de que se le adjudique esa potencialidad a la disposición legal no autoriza a que automáticamente podamos hacer inferencias definitivas sobre su inconstitucionalidad.

La LCI busca estatuirse como un instrumento de control de la legitimidad de origen y de ejercicio de gobernantes y altos cargos y, básicamente, operar como una herramienta contra la corrupción de aquellos. Bajo este amplio enfoque, el sistema de publicidad de las declaraciones patrimoniales se nos presenta con una dimensión jurídico-constitucional incontestable que apunta, de forma inmediata, a garantizar que la minoría rectora de la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales (art. 123.1 CE) y, ya de modo inmediato, a establecer condiciones para la vigencia del «Estado Democrático de Derecho» (art. 1.1 CE); y la participación ciudadana resulta un elemento ineludible para su instauración (9.2 y 105.1 CE).

## **VIGESIMOPRIMERA**

Una adecuada publicidad de las declaraciones patrimoniales de todos los altos cargos funciona como elemento disuasorio suficiente para que si alguno de ellos está tentado de ser infiel se desanime a causa de las dificultades que le acarrearía el aumentar ilícitamente su patrimonio y que ello pueda ser, muy probablemente, descubierto.

La publicidad da oportunidad a que los ciudadanos *escruten* concretas parcelas de la vida privada de los agentes y, de alguna forma, intervengan en un importante proceso de rendición de cuentas. Accediendo a las declaraciones patrimoniales contarán con la información necesaria para, eventualmente, formular aquellas denuncias que pongan en marcha los procesos sancionatorios administrativos, de responsabilidad política institucional y difusa y, en última instancia, de responsabilidad penal.

Asegurar la transparencia de la Administración genera en la opinión pública una actitud positiva hacia ella: si la población deja de percibir la importancia de la función pública o la probidad de los miembros que la componen cualquier manera de hacer frente a los actos de corrupción administrativa quedaría gravemente debilitada.

La publicidad de las declaraciones patrimoniales asegura una supervisión externa adecuada por parte de la ciudadanía y, por encima de todo, contribuye a crear un clima y una cultura en la que se valore la honestidad.

Finalmente, con la publicidad se aumenta el efecto preventivo buscado por la norma puesto que el hecho de saberse objeto de las miradas atentas de los ciudadanos y medios de comunicación funcionará desmotivando las acciones corruptas.

## **VIGESIMOSEGUNDA**

No obstante los parciales avances de la LCI hacia la transparencia, en el ámbito de la Administración General del Estado la confusión entre los espacios público-privado

continúan siendo perversas. Pero lo más preocupante es que más allá de las «reservas» indebidamente impuestas por la legislación, se ha demostrado con ejemplos concretos que la solución al secretismo no pasa tanto por reconocer desde una norma el carácter público a un Registro [lo hace sin éxito la LCI con el «registro de actividades»], sino en reducir enérgicamente la tendencia instintiva de la Administración de actuar en la intimidad. Semejante situación afecta profundamente la calidad de la democracia.

### **VIGESIMOTERCERA**

Los errores y descuidos en que caen las normas que pretenden controlar el patrimonio y los intereses económicos de los agentes públicos parecen concebidos para su fracaso y si en algo se explican es desde la escasísima interiorización que los políticos en general, y muy en especial los altos cargos y gobernantes, registran de al menos dos de sus deberes institucionales.

En primer lugar, de la **obligación de rendir cuentas de su gestión**. Precisamente, una de las formas de hacerlo es explicando, por los medios necesarios de manera eficaz y transparente, las actividades privadas que desarrollan y la composición y evolución de su patrimonio. Cuando los hechos acusan, será el alto cargo quien deba explicar todos aquellos aspectos de su privacidad o intimidad que resulten necesarios para librarse de la sospecha pues la asunción del cargo público comporta el deber de especial pulcritud y claridad. Y es en este sentido que la comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta, o cuanto menos aproximada, entre los bienes que posee y los que como administrador pueda justificar. Cuando esa correspondencia no existe se daña en primer término la imagen de ellos como servidores públicos, luego la de la Administración y, finalmente, se quiebra la confianza ciudadana en las instituciones públicas.

El alto cargo debe estar en condiciones de demostrar su respeto a la ley en cualquier momento y hacerlo, en absoluto, es un «regalo» que ellos eligen ofrecer a la ciudadanía, tal como algunos se ocupan de hacer ver, sino un autentico débito que mantienen con ella.

La segunda obligación no asumida es la de **ofrecer una imagen de servidores públicos y éticos**. En virtud de ella deben devolver a la mirada de los ciudadanos incluso la *apariencia* de un cumplimiento *exquisito* del orden jurídico y recrear con sus vidas públicas un retrato del paradigma de lo que es ser ético en la sociedad que actúan y, con todo ello, «moralizar la política».

## VIGESIMOCUARTA

Si comenzamos las conclusiones desechando la idea de una «casa de cristal» en la que colocar a los gobernantes y altos cargos, las cerraremos con la propuesta de disponer una «cúpula de cristal» que cubra este acotado espacio público-político de la elite del gobierno y la administración. Ante la primera, habrá un «consumidor» que figonea aquello que emocionalmente lo provoca. Pero frente a la segunda nos encontramos con un «ciudadano» que escruta, controla o vigila aquellos asuntos que le conciernen.

El control del patrimonio personal de un servidor público puede que para algunos no pase de ser algo «entretenido» y «entrometido». Seguramente permitirlo de forma cabal terminará por afectar su intimidad, pero la realidad nos muestra, día tras día, que la corrupción sólo puede ser reducida si se la convierte para su actor en un gran riesgo. Para lograrlo, es imprescindible permitir el ojo escrutador de los ciudadanos y medios de comunicación y pedirles a aquellos ese especial sacrificio.



Es, definitivamente, el momento de ser más suspicaces y comenzar a cuestionar seriamente el indebido tratamiento que la legislación vigente concede a los políticos y a su intimidad.



## BIBLIOGRAFÍA

Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

Alegre Avila, Juan Manuel, *Relaciones especiales de sujeción, legalidad sancionadora y servicios públicos*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 17/2001, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001.

Alonso García, Enrique, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, Revista de Administración Pública Núm. 100, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Arce Janáriz, Alberto, *El derecho a la intimidad de Samuel Warren y Louis Brandeis*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 47, 1996.

Rallo Lombarte, Artemi, *El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos*, Cuadernos de Comunicación e Innovación, N° 85, 2010.

Asencio Mellado, José María, *La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito*, La Ley 5554/2010, doctrina que forma parte del libro «Estado de derecho frente a la corrupción urbanística», Edición n° 1, Editorial La Ley, Madrid, 2007.

Avilés García, Javier, *Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen*, Revista La Ley (Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía), N° 3, Año 1989.

Banacloche Pérez, Julio, *La derogación automática del valor real*, Impuestos, N° 8, 2007.

Baño, Rodrigo, *Consideraciones acerca de la participación ciudadana*, Primer Seminario Conceptual sobre Participación Ciudadana y Evaluación de políticas Públicas, Santiago de Chile, 1997.

Barnes Vázquez, Javier, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, Revista de Administración Pública (RAP), 1994, Núm. 135, septiembre-diciembre.

Benjamin, Walter, *Iluminaciones I*, Ed. Taurus, Madrid, 1998.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Blanco Valdés, Roberto L., *Altos cargos y control parlamentario*, Revista Claves de la Razón Práctica N° 82, 1988.

Bobbio, Norberto, *Ética y política (esbozo histórico)*, en «La política desde la ética, I. Historia de un dilema», Bonete Perales, Enrique (coord.), Proyecto A ediciones, Barcelona, 1998.

Brey Blanco, José Luís, *Los Jueces y la Política- ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?*, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Complutense), N° Extra 0, 2004.

Brines Almiñana, Javier, *La instaurada publicidad del registro de Bienes Patrimoniales (art. 75.7 LRBRL): consideraciones jurídicas y propuestas de actuación ante algunos interrogantes suscitados en su efectiva publicación*, El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, N1 2, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Ene. Al 14 Feb., 2010, Ref. 197/2010, tomo 1, Editorial La Ley.

Bruzzone, Gustavo A., Gullco, Hernán –coord–, *Teoría y Práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Bustos Gisbert, Rafael, *El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión*, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 85, 1994.

*La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Ed. Colex, Madrid, año 2001.

*Sobre la publicación en páginas web de condenados penalmente (los casos de pedófilos, maltratadores, torturadores y errores médicos)*, Revista Vasca de Administración Pública, Núm. 62, 2002.

*Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*, en «La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos», García Roca, Javier, Santolaya, Pablo (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

*Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*, Teoría y realidad Constitucional núm. 25, 2010.

*Un diálogo ejemplar: el papel del juez en escenarios de pluralismo constitucional*, en *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, IMDPC, Núm. 52, 2011, Méjico (pendiente de publicación).

Cabezuelo Arenas, Ana Laura, *Derecho a la Intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Cadarso Palau, Juan, *Actos propios y renuncia de derechos*, Poder Judicial, (Consejo Judicial General del Poder Judicial), Núm. 9, 1988, (Págs. 73-78).

Calvino, Italo, *Por qué leer clásicos*, Barcelona, Tusquets, 1992.

Camps, Victoria; *Intervención durante las Jornadas sobre Etica Pública*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 15 de abril de 1997.

*La política como moral*, Isegoria, Revista de filosofía moral y política Núm. 15, Madrid, 1997.

*Etica, retórica, política*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Canosa Usera, Raúl Leopoldo, *La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «Integración europea a través de derechos fundamentales. De un sistema binario a otro integrado», García Roca, Javier; Fernández Sánchez, Pablo A (coords.); Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Cardona, Marcos, *La Comprobación de Valores de Inmuebles*, Dijusa, Madrid, 2002

Carrillo, Marc, *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Aranzadi, Navarra, 2003.

Carrillo Salcedo, Juan, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

Carrió, Genaro, *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1971.

Català i Bas, Alexandre, *La calidad de vida como integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad*, Revista General de Derecho, Núm. 670-671, julio-agosto, 2000.

Catalán Sender, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.

Ceballos Moreno, Manuel, *Una aproximación al régimen jurídico de la participación ciudadana en la Administración pública –Especial referencia al sector medioambiental–*, Actualidad Administrativa, N° 43, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 2001.

Cifuentes, Santos, *El honor y la libertad de expresión: La responsabilidad civil. La Ley 1993-D, 1161-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1191, Argentina, 1993.*

Clavería Gonsálbez, Luís Humberto, *Reflexiones sobre los derechos a la personalidad a la luz de la LO 1/82 de 5 de mayo de 1982*, en ADC, octubre-diciembre 1983.

*Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, en Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Consejo de Europa: 2006, *Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy*, Estrasburgo, 20 y 21 de noviembre de 2006.

Cortina, Adela, *Hasta un pueblo de demonios. Etica pública y sociedad*, Editorial Taurus, Madrid 1998.

Council of Europe (2000), *Código modelo de conducta para los oficiales públicos, Recomendación núm. R (2000) aprobada por el 10 Comité de Ministros del Consejo de Europa.*

Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Notas críticas a la figura del «personaje público» como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*, Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile.

Cugat Mauri, Miriam, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1997.

Dader García, José Luís, *El olvido de la responsabilidad política de los medios periodísticos*, Anuario Filosófico, Ed. Universidad de Navarra, Vol. 15, Núm. 1, año 1982.

*La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror panóptico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático*, Quaderns de comunicació i cultura, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, N° 26, 2001.

De Domingo, Tomás, *¿Conflicto entre derechos fundamentales?* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

De La Villa Gil, Luís Enrique, *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales*, Revista de Política Social, Núm. 85, 1970.

De Los Mozos, José Luís, Comentario a los arts. 1435 a 1444, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Alberto M. Albaladejo, T XVIII, Vol. III, Madrid, 1985.

De Luca Javier A., López Casariego, Julio E., *Enriquecimiento Ilícito y Constitución Nacional*, La Ley 2000-A, 249 y “Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública –II– 2004-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

De Vega García, Pedro, *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales* (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte), Responsa Iuris peritorum Digesta, Vol. 5, coord. por José Angel González Delgado, 2003.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luís, Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.

*La doctrina de los propios actos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1962

*La criminalidad de los Gobernantes*, Ed. Crítica, Barcelona, año 2000.

*Sistema de derecho fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005.

Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel; Nevado-Batalla Moreno, Pedro T, *Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo*, *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2002.



Fariñas Matoni, *El Derecho a la Intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.

Farrel, Martin. D, *El nivel de vida*, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 9, año 1991, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la Intimidad y Medios de Comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

*Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista para el análisis del derecho, InDret 4/2007, Barcelona, 2007.

Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Feria Romero, María, *Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 1999.

Fernández Viagas, Plácido, Ideología, *Libertad de Expresión y Jurisprudencia*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 5/2007 (Estudio), Aranzadi S.A., Pamplona, 2007.

Ferrajoli, Carlo, Representación y responsabilidad política, Jueces por la democracia, N° 60, Noviembre/2007, Madrid, 2007.

Frisby, David, *Fragments de la Modernidad, Teorías de la modernidad en la obra de Simmel, Kracauer y Benjamín*, Ed. Visor, Madrid 1992.

Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2005.

Garberí Llobregat, José, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Ed. Bosch, Barcelona.

García Avilés, José Alberto, *De la política al infotainment: temas predominantes en los informativos líderes de audiencia en la UE, Comunicación y Pluralismo* (Ed. Universidad Pontificia de Salamanca) núm. 3, año 2007.

García de Entrerría, Eduardo, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, Revista de Administración Pública, Nº 20, Madrid, 1956.

García de Entrerría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (décima edición), Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

García Ferrer, Juan José, *El Político: Su honor y vida privada*, Edisofer S.L. Madrid 1998.

García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

García Macho, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.

García Mexía, Pablo, *La ética en la Administración Pública*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 48. Septiembre-Diciembre 1996.

*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001.

*Ética, Gobierno y Administración en la España contemporánea*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008.

García Morillo, Joaquín, *La Responsabilidad Política*, en Claves de la Razón Práctica N° 45, Ed. Progres, 1994.

García San Miguel Rodríguez-Arango, Luis, editor, *Estudios sobre el Derecho a la intimidad*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1992.

García Valderrey, Miguel, *El derecho de información como forma de participación ciudadana en la fase de elaboración de los instrumentos de planeamiento*, Práctica Urbanística, N° 91, Sección Práctica Profesional, Marzo 2010, Editorial LA LEY.

Garzón Valdés, Ernesto, *Acerca del concepto de corrupción*, en La Corrupción Política, Laporta, Francisco y Alvarez, Silvina, Editores, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Gavara de Cara, Juan Carlos, *El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Núm. 16/2003 (Estudio), Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2003.

Gil Cremades, Rafael, *La imparcialidad en la función Pública*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

Giner, Salvador; Camps, Victoria, *El interés común*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

*Las condiciones de la Libertad*, en Ensayos Civiles, Ediciones Península, Barcelona, 1987.

Gomá, Javier, *Imitación y Experiencia*, Ed. Crítica, Barcelona, 2005.

*Ejemplaridad Pública*, Santillana Ediciones Generales SL, Madrid, 2009.

Gómez-Heras, José María G., *A modo de epílogo. Un puesto para la ética en la política – ideas para una regeneración moral de la sociedad española–*, en *La Política desde la Etica, II Problemas morales de las democracias*, Bonete Perales, Enrique (coord), Proyecto A Ediciones, 1998.

González Beilfuss, Markuz, *Ultimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional*, Publicación Especial: Editorial Aranzadi SA, septiembre 2006.

González García, José, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, coord. Moreno Quesada, B, Valencia, 2002.

González García, José María, *Weber: responsabilidad y convicción*, en «La política desde la ética, I. Historia de un dilema», Bonete Perales, Enrique (coord.), Proyecto A ediciones, Barcelona, 1998.

González Pérez, Jesús, *El principio de Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2009.

*Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Navarra, 2006.

Greenstein, Fred. I., *El impacto de la personalidad en el liderazgo presidencial norteamericano*, Revista Psicología Política, N° 15, 1997.

Grimalt Servera, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

Häberle, Peter, *Efectividad de los derechos fundamentales*, en López Pina, A. (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, 4ª edición, Ediciones G. Gili S.A., Barcelona 1994.

Hernández Fernández, Abelardo, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 2009.

Hernández Marín, Rafael, *Ficciones Jurídicas*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 3, 1986.

Hernández Oliver, Blanca, *Administración responsable: control, dación de cuentas y evaluación periódica de la responsabilidad de la Administración*, en «El derecho a la buena Administración Pública», directores Rodríguez-Arana, Jaime; García Mexía, Pablo, Ed. Junta de Castilla y León, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, España, 2008.

Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.

Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

*La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998.

Innerarity, Daniel, *El nuevo espacio público*, Espasa-Calpe, Madrid, 2006

Jalvo, Belén Marina, *El régimen disciplinario de los funcionarios público (fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex Nova, 1999.

Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.

Jiménez Asensio, Rafael, *Altos Cargos y Directivos Públicos –un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España-*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas, Guipúzcoa, 1998.

¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, *Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Diario La Ley, 1988.

Jiménez de Parga, *La corrupción en la democracia*, Claves de la Razón Práctica, 29, 1993.

Jiménez Sánchez, Fernando, *¿Cruzados o Fariseos? La complejidad de los escándalos políticos*, Revista Claves de la Razón Práctica, N° 45, 1994, Ed. Progres.

Jiménez Villarejo, Carlos, *Democracia contra corrupción*, en Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet (coord. Miravet Bergón, Pablo; Añón Roig, María José), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

*La corrupción, una amenaza para la democracia*, Papers Lextra 3, [revista electrónica: [www.lextra.uji.es/papers/](http://www.lextra.uji.es/papers/)], 2007.

Kaboth, Daniel, Saiz, Sandra, *Carolina Hannover ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: libertad de información versus intimidad y propia imagen*, Economist & Jurist, Vol. 14, N° 99, 2006.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Alianza Editorial, Madrid 2000.

*La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999.

Labio Bernal, Aurora, *Periodismo de entretenimiento: la trivialización de la prensa de referencia*, Estudios sobre el mensaje periodístico N° 14 (Ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones), año 2008.

Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

Lazcano Brotóns, Iñigo, *Art. 10. Libertad de expresión*, en Convenio Europeo de Derechos Humano. Comentario sistemático, Lasagabaster Herrarte, Iñaki, Civitas Ediciones, 2004, Madrid.

*Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público, la necesidad de reformar la Ley orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el derecho a la vida privada*, en La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento, Ed. Congreso Internacional de ética y derecho a la información –4–, Valencia, 2006.

Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Editorial Alianza, 2004.

López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

López Bofill, Héctor, *Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Núm. 11/2000, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2000.

López Calera, Nicolás, *Corrupción, ética y democracia*, en «La Corrupción política», Laporta-Alvarez (eds.), Alianza, Madrid, 1997.

López Guerra, Luís, *Funciones del Gobierno y dirección política*, Revista Documentación Administrativa, N° 215, julio-septiembre 1988, Madrid.

López Mesa, Marcelo J., *La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación*, Universitas, Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, Julio-diciembre de 2009.

Madrid Conesa, Fulgencio, *Derecho a la Intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

Malem Seña, Jorge F., *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, España, 2002.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 130. Enero-abril 1993.

*La participación en la Administración Pública –Principios y límites–*, en Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi, 2000.

Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1997.

Maraval, José María, *El control de los políticos*, Taurus, Madrid, 2003.

Martín Moreno, José Luís; *Títulos de las leyes y homogeneidad*, Revista Española de la Función Consultiva, Núm. 6 (julio-diciembre 2006), Pág. 173. Se cita el dictamen 294/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía.

Martínez Bargueño, Manuel, *La gestión de los conflictos de intereses en el Servicio Público*, Ministerio de Administraciones Públicas, 2004.

Medina Gerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996.

*El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Público, Núm. 5, 1998

*La protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Mellado, Francisco P. (ed.), *Enciclopedia Moderna, Diccionario Universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria y comercio*, Tomo VI, Establecimiento Tipográfico de Mellado, Madrid, 1853.



Meseguer Yebra, Joaquín, *Régimen de Conflicto de Intereses e Incompatibilidades de los Miembro del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Madrid, 2007.

Mieres Mieres, Luís Javier, *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.

Mill, John Stuart, *Gobierno representativo*.

Millán Salas, Francisco y Peralta Ortega, Juan Carlos, *El derecho a la autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental*, Cuaderno de estudios empresariales (Universidad Complutense), Núm. 5, 1995.

Morell Ocaña, Luís, *El estatuto de los miembros del Gobierno*, Revista Documentación Administrativa, octubre-diciembre 1980, Madrid.

*El sistema de la confianza política en la administración pública*, Civitas, Madrid, 1994.

Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, Argumentación e Interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, diciembre de 2006, Barcelona.

Morillas Cueva, Lorenzo—Portilla Contreras, Guillermo, *Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*, en Cobo del Rosal, Miguel (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVI, Madrid, 1994.

Muñoz Machado, Santiago, *La libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1998.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informática: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa*, IDP: Revista de internet, derecho y política (Universitat Oberta de Catalunya), Núm. 5, 2007.

Nieto, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984.

*El desgobierno de lo público*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.

Novo Arbona, Ainhoa, *Altos Cargos y Directivos Públicos en las Diputaciones Forales Vascas*, Revista Vasca de Administraciones Públicas N° 58, 1, año 2000.

O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

*Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 1993.

OCDE, *La ética en el servicio público*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997.

OECD, *Managings Conflicts of Interest in The Public Service*, París, 2004.

Oficina anticorrupción (República Argentina), *Declaraciones juradas de funcionarios públicos –una herramienta para la prevención y control de la corrupción, tecnología informática y gestión pública–*, 2ª edición actualizada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004.

Olías de Lima Gete, *Las Incompatibilidades de los Altos Cargos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Núm. 40-41, enero–marzo 1984.

Owen, David, *En el poder y en la enfermedad, enfermedades de los jefes de Estado y de Gobierno en los últimos cien años*, Ediciones Siruela S.A., Madrid, 2010.

Palomar Olmeda, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, Régimen Jurídico de los Funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003.

Pantaleón, Fernando, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-162, tomo 2, Editorial LA LEY 22074/2001.

Pardo Falcón, Javier, *Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, Número 34, Enero-abril 1992.

Parejo Alfonso, Luciano, *La participación en el Estado Social*, *Actualidad Administrativa*, Núm. 5, 1987

Pascual Medrano, Amalia, *El Derecho fundamental a la propia imagen –Fundamento, contenido, titularidad y límites–*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001.

Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

*Curso de Derechos Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Pérez Tremps, Pablo, *Constitución española y Comunidad Europea*, Ed. Civitas, 1993

Prats i Catalá, Joan, *Administración pública y transición democrática*, Revista Pensamiento Iberoamericano, Núm. 5 b, 1984.

Pitkin, Hanna Fenichel, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Polaino Navarrete, Miguel, *Delitos contra la administración pública (v). Cobecho*, en AA.VV Cobo del Rosal, Manuel (Dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

*Cobecho, Tráfico de influencias, Malversación de caudales públicos*, en «Lecciones de derecho penal, Parte especial, Tomo II», AA.VV., Navarrete Polaino, Miguel (Dir.), Madrid, 2011.

Pomed Sánchez, Luís Alberto, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

Prados de Reyes, Francisco, *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Política Social, (Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), Núm. 127, 1980.

Prieto Pérez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril (2009), Madrid.

Puig Brutau, José, *Estudios de derecho comparado: La doctrina de los propios actos*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1951.

Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Ramos Pascua, *Función del Derecho y moralidad*, en La Política desde la Etica, II., Problemas morales de las democracias, Bonete Perales, Enrique (coord), Proyecto A Ediciones, 1998.

Ramos Quintana, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.

Rams Albesa, Joaquín; Moreno Martínez, Juan Antonio (coord), *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson S.L., Madrid, 2005.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.

Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005.

Ripol Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

Rescigno, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1967.

Reviriego Picón, Fernando, *Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales: algunos aspectos sobre la intimidad en los centros penitenciarios*, Publicación Especial, Editorial Aranzadi SA, Septiembre de 2006.

Rey Martínez, Fernando, *El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales –Análisis del art. 10.2 CE–*, Revista General del Derecho, N° 537, 1989.

Rivero Ortega, Ricardo, *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente de derecho*, Revista de Administración Pública, Núm. 157, enero-abril 2002.

Rodríguez, Angel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

Rodríguez-Arana, Jaime, *La caracterización constitucional de la ética pública: una aproximación positiva*, en *Códigos Éticos: una apuesta concreta de gobernanza en positivo*, coord. Jaime Rodríguez-Arana, Pablo Garcíamexía, 2009, Oleiros, La Coruña, 2009.

Rodríguez Puerta, María José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Rogel Vide, Carlos, López Mesa, Marcelo, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Reus S.A. y Euros Editores, Argentina, 2005.

Román Masedo, Laura, *Política y Administración: Algunas notas sobre el origen y debate teórico*, en «El control político de la Administración», coordinador Jordi Matas, ICPS, Barcelona 2001.

Romero Coloma, Aurelia María, *La libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

Rose-Ackerman, Rose, *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.

Rovira Sueiro, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la Propia imagen*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1999.

Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción constitucional como fuente creadora de derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 22, 1988.

Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

*El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa*, en Constitución Europea y Constituciones nacionales, *Cartabia, Marta; de Witte, Bruno; Pérez Tremps, Pablo* (directores), Gómez Fernández, Itziar, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

Sánchez Blanco, Angel, *La participación como coadyuvante del Estado, social y democrático de Derecho*, Revista de Administración Pública, Núm. 119, 1989.

Sánchez Morón, Miguel, *El principio de participación en la Constitución española*, Revista de Administración Pública, Núm. 89, 1979.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Gobierno y Administración: Una reflexión Preliminar*, Documentación Administrativa N° 215 (julio-septiembre 1988), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1988.

*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

Santos Vijande, Jesús María, *La captación y difusión no consentidas de personas públicas en momentos de su vida privada*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13/2004, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2004.

Serrano Pérez, María Mercedes, *El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial*, Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Núm. 1, 2005.

Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994.

Thompson, John B, *El escándalo político, poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001

Urabayen, Miguel, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.

Valle Muñoz, Francisco Andrés, *El principio general de los actos propios y su aplicación judicial en el ámbito laboral*, Relaciones Laborales N° 10, Sección Doctrina, Quincena del 23 Mayo al 8 Jun. 2007, Año XXIII, tomo 1, Pág. 49 y ss., Editorial La Ley.

Villaverde, Ignacio, *Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, Núm. 68, mayo-agosto 2003.

Villoria Mendieta, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos-Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 2000.

*La corrupción política*, Editorial Síntesis, Madrid, 2006.

Villoria Mendieta, Manuel, *Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo*, en Administración & Ciudadanía, Vol. 1, Núm. 1, Xunta de Galicia, Escuela Gallega de Administración Pública, 2006.

Warren, Samuel, Brandeis Louis, *El Derecho a la Intimidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.

Weber, Max, *La política como vocación*, en El político y el científico, Alianza, Madrid, 1984.

Will Durant-Simon and Schuster, *La historia de la civilización*, Tomo III, «César y Cristo», New York, 1944.