

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVESTIGACIÓN PSICOLÓGICA DE LA PERSONALIDAD EN EL PROCESO DE NULIDAD MATRIMONIAL

I. PRESENTACIÓN Y ALCANCES DEL TEMA

«La creación, el mundo, la historia, el orden moral, la civilización, la cultura... tienen en la dignidad del ser humano un elemento central».

Es por todos admitida la constitutiva bipolaridad del ser humano: abierto por imperativos de su racionalidad a su propio «Yo» y abierto al mismo tiempo, por necesidad de su personal desarrollo, a la comunicación dialógica con los «otros».

El ser humano, mirándose a sí mismo y a la vez a los otros, ha ido conformando historicamente múltiples formas de sociabilidad humana, de cristalización socio-política de su existencia, cuya misión, causa y fin en su fondo no han sido otros que ir homologando paso a paso la idea y sobre todo la empresa de instituir un orden jurídico-social en que la dignidad del hombre pueda resultar estar real y efectivamente protegida.

A esta inicial idea y como lógica consecuencia responde ese lapidario y fundamental axioma romano, inserto en las raíces mismas de la racionalidad jurídica civilizada, de que «*hominum causa omne ius constitutum est*»: el ser humano es y tiene que ser la medida del derecho y de todo lo jurídico, el cual que, si ha de ser auténtico, nunca podrá perder de vista la perspectiva del hombre.

Y a nadie se le puede ocultar que en la primera línea o plano de esa perspectiva se encuentran, como soporte roquizado de todos los demás derechos, aquellos que derivan elementalmente de la dignidad radical del hombre, sugerida e incluso plasmada sin duda en la figura bíblica del hombre «*hecho a imagen y semejanza de Dios*»¹.

¹ «*L'immagine di Dio designa un ruolo speciale dell'umanità rispetto al mondo materiale. L'uomo è posto nell'universo, come cooperatore e luogotenente di Dio. Tutte le altre creature, e gli stessi*

Si en la verdad de esa primaria idea aparece ya la libertad² como expresión, la más cualificada, de una racionalidad selectiva de lo más típico en los hombres, quiere decir ello que los derechos propia y más estrictamente humanos no han de tener otra función que la de preservar, desarrollar y tutelar que el hombre, en su ser y en su vivir, pueda mantener incólumes sus posibilidades de racionalidad libre y, más al fondo, de su sagrada dignidad como persona.

Y en esa raíz constitutiva del «eterno humano» se asienta y de ella brota el sentido más profundo de la expresión, hoy en boca de todos como clamor populista y no tanto como vocación comprometida de cada uno, *«dignidad de la persona»*.

Si, como decimos, por el hombre y en razón del hombre se justifican únicamente las formulaciones y la vida del derecho, lógico será deducir que los hombres del Derecho, desde los juzgadores hasta los últimos destinatarios de las normas, pasando por los letrados, los procuradores, los justiciables incluso, los distintos oficios de los tribunales y por supuesto los creadores de las leyes, habrían de vivenciar todos ellos una preocupación activa para conseguir que toda norma jurídica cumpla esa primigenia función de estar constitutiva y vitalmente al servicio de la dignidad humana y que los destinatarios del derecho, que somos todos, cooperen a esta función en la medida de las posibilidades y también de los deberes de cada uno.

En una causa matrimonial de nulidad lo que se pone a examen sobre el tapete de la contienda o litigio es la validez o no de un matrimonio concreto: sólo eso y nada más que eso.

Cuando esto se plantea, las actitudes existencialmente implicadas de los «dos», porque el matrimonio es una «relación dual», pueden y suelen ser muy variadas: a veces contradictorias, algunas veces contradictorias con matices, en ocasiones con ausencia o inhibición procesal del demandado o con presencia del mismo pero sin cooperación activa.

astri (Gén 1, 14) sono a lui ordinati e a lui sottoposti (Gén 1, 28; cf. Gén 9, 1-7). L'uomo deve lavorare, cooperando con Dio, perchè l'ormamento del mondo sia compiuto e custodito (Gén 2, 4-6; 4-6, 15). La consegna della sovranità sulle altre creature all'uomo, viene anche espressa, con i mezzi stilistici del mito, quando si dice che Dio conduce tutti gli animali ad Adamo perchè egli imponga loro i nome (Gén 2, 19)» (M. Flick-Z. Alszeghy, *Fondamenti di una Antropologia teologica*, Firenze 1969, pp. 63-64).

² Dice al respecto Corts Grau que *«la libertad, consustancial con la dignidad, es al cabo la expresión, no de una independencia inconsistente, sino de un altísimo sometimiento que entraña la garantía de no ser ya avasallados por ningún poder terreno y el deber de no enajenar ni malograr esa libertad por nada del mundo»* (Corts Grau, «Los conceptos cristianos de verdad, justicia, amor y libertad y su conexión con la paz y el orden», en VV. AA., *Comentarios a la «Pecem in terris»*, BAC Madrid 1963, p. 120).

El derecho al matrimonio (el llamado *ius connubii*) es un derecho primario entre los radicalmente humanos, por la obvia razón de que a ello natural e instintivamente tiende la propia condición normalmente heterosuada del ser humano.

Pero, por lógica, en ese radical derecho se incluye no sólo el positivo «poder» prestar su persona a otra persona humana para «constituir» el matrimonio; sino que también se incluye todo aquello, positivo o negativo, necesario para mantener vivo y efectivo ese «derecho radical a contraer matrimonio».

Y entre los derechos basilarmente imbricados en el *ius connubii* y formando parte de la «naturalidad» del mismo, se halla, entre otros, el que, si un casado tiene racionalmente la convicción de no estar válidamente unido a su consorte, pueda —en aras de un derecho también cuasi-sagrado a la verdad y a la justicia— reivindicar, no ante su arbitrio puramente sino ante la equilibrada balanza de la administración de justicia, el derecho que le compete a que se analicen sus razones a favor de la hipotética nulidad de su matrimonio y se le haga justicia en su petición de justicia.

Con ello, entra ya en escena otra perspectiva complementaria de la anterior: la del «ius defensionis» o derecho también natural del litigante a su defensa, dentro naturalmente de los medios lícitos y legítimos de realizarla.

En las causas matrimoniales —como es normal dada la naturaleza y el objeto de las mismas en la mayor parte de los casos: cuestiones íntimamente conexas con ese «yo» más profundo de la personalidad y hasta con la misma dignidad de la persona— esos caminos de defensa del litigante actor con frecuencia tienen que pasar por el análisis, estudio y demostración de carencias o deficiencias personales en el momento de contraer.

Estas carencias o deficiencias pueden adentrarse en planos físicos anatómico-biológicos, aunque por lo común se refieren a otros planos humanos en los que se implica o puede implicar el psiquismo desde inclusive las mismas raíces del subconsciente o del inconsciente: «*causas de naturaleza psíquica*», se puede leer en el canon 1095, 3.º

Es decir, se hacen hoy planteamientos de posibles nulidades conyugales a partir de radicalidades humanas múltiples: desde impotencias físicas puramente o biológicas hasta las funcionales o psíquicas y hasta todas las modalidades de inmadureces psicoafectivas con raíces en el espacio de la mente o de la voluntad y de la afectividad, con diagnósticos de las clásicas psicosis u oligofrenias más diversas hasta los más variopintos trastornos de la personalidad.

Si por ejemplo un cónyuge demanda nulidad de su matrimonio por impotencia del otro, posiblemente sea necesario para llegar a la verdad y la justicia examinar urológica o ginecológicamente a ese otro.

Si por ejemplo se demanda declaración de la nulidad por algún tipo de inmadurez patológica —la que sea entre las numerosísimas posibles—, también posiblemente sea necesario para unas mínimas posibilidades de defensa procesal el examen pericial médico-psicológico-psiquiátrico de la persona hipotéticamente anormal.

Pero esto, que en el terreno de la lógica parece claro y de justicia razonable, en la práctica no siempre lo es.

Y no lo es en ocasiones porque la persona llamada a ser examinada y diagnosticada en un proceso o ha desaparecido o se llama «andana» como suele decirse ante la exigencia de prestarse a una pericia o se opone a ser explorada y analizada por el perito o simplemente se inhibe totalmente del asunto.

Estas situaciones y actitudes, que son reales y frecuentes en las causas de nulidad matrimonial, plantean a los tribunales un problema serio de tipo probatorio que se columpia al filo de un dilema: o se practica la prueba pericial necesaria para demostrar la base y raíz de la nulidad pedida³ o las posibilidades de llegar a una sentencia justa, y con ello las posibilidades de ejercicio efectivo de su derecho a la defensa por el litigante generalmente actor, quedarían reducidas a una mínima expresión.

La primera idea que suscita este dilema es que nos hallamos ante un conflicto de intereses jurídicamente protegidos. Las cuestiones-interrogantes que surgirían inmediatamente podrían ser éstas:

- ¿La invocación del derecho a la intimidad de la persona y la correspondiente tutela del mismo pueden prevalecer por principio sobre otros derechos, también de base natural y anclaje más o menos inmediato en la dignidad de la persona humana, como el derecho-obligación de la sociedad (del tribunal más concretamente) a poner los medios necesarios para administrar rectamente justicia o el derecho a la defensa de quien demanda justicia con la convicción en conciencia de tener verdaderas razones para ello?
- ¿Hasta dónde llegan o deben llegar las limitaciones del derecho a la intimidad para que sea posible la invocación y sobre todo la tutela de esos

3 En numerosas causas matrimoniales por defecto de consentimiento, entre las que se hallan todas las de alguna manera encuadradas dentro del can. 1.095: incapacidades de la persona por razones de consentimiento, la demostración del derecho a la nulidad pasa por la pericia psicológica o psiquiátrica. Ello se deduce tanto de la base radical del capítulo invocado como de las normas canónicas (cáns. 1.574 y 1.680) y también del sentir común de la Doctrina y de la Jurisprudencia. Recientemente, la misma Signatura Apostólica, en una Declaración reciente, que será analizada más adelante con detalle, afirma que ordinariamente la demostración de los títulos de nulidad entroncados en el can. 1.095, ha de pasar casi invariablemente por el resultado de la prueba pericial psicológica o psiquiátrica. Y el papa Juan Pablo II, en su *Discurso a la Rota*, de 5-II-1987, resalta la «exigencia» de la intervención de técnicos en todos los casos de limitaciones psíquicas del contrayente.

otros derechos, también naturales y conexos y apoyados en la dignidad de la persona, del derecho-obligación de administrar rectamente justicia y de preservación y tutela de unos derechos tan primarios de la persona como el *ius connubii*?

- Y extremando aún más las cosas, ¿puede ser legítimo y por supuesto lícito un estudio psicológico o psiquiátrico sobre la personalidad del periciable, a partir y con base en las actas del proceso y en las pruebas obrantes en autos, cuando ese periciable o ha sido declarado ausente del proceso o es imposible su localización o rechaza que se le estudie psíquicamente o se encuentra en total pasividad e inhibición procesales o ha quedado patente en la causa que lo que ese hipotético periciable pretende con esta conducta es retrasar la tramitación o impedir la voluntad del otro de que se examinen con racionalidad los hechos y con racionalidad se pronuncie una sentencia justa?

Este panorama humano-jurídico es el que deseamos colocar ante nuestros ojos y nuestras reflexiones al tomar en las manos este complicado y a la vez apasionante problema, frecuente por lo demás cuando las leyes y todo lo jurídico, como es su misión, han de procurar armonizar dentro de la justicia derechos y deberes en conflicto, tratando de salvar siempre los derechos humanos de la persona pero sin merma de la salvaguarda de esos mismos o parecidos derechos humanos de otras personas o de la comunidad.

Nos proponemos desarrollar el tema bajo dos perspectivas complementarias: una más teórica centrada en el derecho a la intimidad en cuanto la intimidad es patrimonio sagrado de todo ser humano; y otra más pragmática y de proyección indudable en muchos casos de planteamiento procesal de causas de nulidad: cómo se pueden compaginar dos derechos aparentemente contradictorios: el de todo hombre a sentirse protegido en todo aquello que forma parte de su ser más íntimo sin intromisiones en ello fuera de una voluntad clara del titular; y el de todo ser humano conyugado a defender también exigencias de la propia intimidad como sería el poder disponer de los medios de prueba necesarios para que su estado matrimonial de vida se clarifique con certeza y el titular de ese derecho pueda cubrir exigencias vocacionales naturales a través del ejercicio del también natural *ius connubii* o derecho a un matrimonio válido.

En bienes e intereses tan difusos como la intimidad de la persona humana, en que confluyen proyecciones de intimidad tan dispares y tan poco precisables en teoría, se imponen normas con pretensiones de armonización y precisión; pero sobre todo se imponen criterios claros para que los jueces y tribunales hagan justicia con equidad buscando compaginar en la práctica esferas de derechos humanos que pueden conflictuar al ser invocados contradictoriamente.

En este sentido y con esta proyección, habremos de analizar tanto el concepto de intimidad como las aplicaciones normativas de tutela de la misma y también los criterios procesales que han de regir esa tutela dentro de un proceso de nulidad matrimonial cuando entran en conflicto derechos naturales del demandado frente a derechos igualmente naturales del actor. Y ello vendrá en este caso centrado en el punto de la legitimidad de una exploración de la personalidad en ausencia o sin intermediación del periciado.

II. PERSONA E INTIMIDAD DE LA PERSONA

Toda la más cualitativa grandeza del ser humano remete últimamente sus raíces en la idea eminente de que todo ser humano es persona.

Si buceamos en sus fondos semánticos más lejanos, el vocablo «*persona*» —*prosopon* en griego y *phersu* en lengua etrusca— venía referido a la «máscara» que se colocaban como antifaz los artistas en el teatro para, ahuecando la voz o desfigurando el rostro, representar determinados papeles en los dramas y comedias de la antigüedad ⁴.

Por metonimia, de la representación de un papel en un escenario se pasó a significar los «papeles» o roles que los seres humanos representan al vivir en el gran escenario del mundo y, al final, la palabra servirá para designar a todos y cada uno de los seres humanos.

Ya en la Edad Media, a partir de la clásica definición de «persona» dejada por Boecio («*naturae rationalis individua substantia*») ⁵, examinada y comentada mil veces por cuantos han sentido alguna preocupación por el ser humano, se llegó a través del tomismo a la adecuación esencial inescindible entre ser humano y ser persona ⁶.

Y la íntima conexión entre la persona y la dignidad de la persona comienza a ser intuida y trazada admirablemente por santo Tomás cuando, al regodearse en la semántica original de la voz «persona» y remontarse a las antiguas representaciones en comedias y tragedias de individuos famosos que descollaban por su fama o dignidad, se dio por extendido el sentido de la voz hasta significar a esos «famosos» constituidos en dignidad. Y de este modo y en virtud de esa misma metonimia se llamó «perso-

⁴ Cf. F. de Castro y Bravo, *Derecho de la persona*, Madrid 1949, vol. II, pp. 20-21, nota 3.

⁵ Boecio, «De duabus naturis et una persona Christi», cap. 3, en *ML*, 64, p. 1343.

⁶ Santo Tomás afirma con toda claridad que «*omne individuum rationalis naturae dicitur persona*» (*Summa Theologica*, I, q.29, art. 3 *ad sdum*).

nas» por ejemplo en la Iglesia ⁷ a quienes ostentaban alguna «dignidad» dentro de ella.

Ya pensaba en su tiempo Maritain que «*la teología de santo Tomás dominará la nueva Cristiandad*» ⁸, uno de cuyos pilares ideológicos fue la consideración del ser humano como persona.

Y de hecho es en la filosofía cristiano-tomista donde comenzaron a consolidarse y desplegarse los gérmenes del humanismo-personalismo cristiano, distinto por completo del humanismo burgués y de todos los humanismos más o menos antropocéntricos ⁹ sin trascendencia: humanismo «*tanto más humano cuanto no adora al hombre, sino que respeta real y efectivamente la dignidad humana y reconoce derecho a las exigencias integrales de la persona*» ¹⁰.

El paso siguiente en esa evolución metonímica, ésta ya dentro de la lógica racional, fué la universalizada y obligada referencia a todo hombre de la idea de «persona» al amparo de que, si la máxima dignidad se halla radicada en subsistir en una «naturaleza racional» y el hombre se constituye en calidad de tal por su racionalidad, todo ser humano por ser hombre es llamado y es en verdad persona ¹¹.

7 «*Quia enim in comoediis et tragoediis repraesentabantur aliqui homines famosi, impositum est hoc nomen «persona» ad significandum aliquos dignitatem habentes. Unde consueverunt dici personae in ecclesiis, quae habent aliquam dignitatem. Propter quod quidam definiunt personam, dicentes quod persona est «hyposthesis proprietate distincta ad dignitatem pertinente».* (Summa Theologica, I, q.29, art. 3 ad sdam).

8 J. Maritain, *Humanismo integral*, Buenos Aires 1966, p. 64.

9 Con el Tomismo y con santo Tomás muy especialmente se inicia toda una serie de teorías sobre la persona y la personalidad, que se alarga hasta nuestros días, cada una de las cuales, en inabarcado intento de remate de la dificultosa tarea, cuenta con datos atendibles aunque puedan algunas tener defectos o destacar solamente aspectos parciales de la misma, cargando el acento sobre parcelas de la persona que, sin ser falsas, no son ni pueden considerarse completas. Así por ejemplo, se observa que desde Boecio y sus comentaristas del Tomismo el acento más intenso se coloca en la «sustancialidad» de la persona en cuanto compuesto radical de cuerpo material y espíritu racional; la filosofía idealista lo coloca sobre la autoconciencia o toma de conciencia del «Yo»; el personalismo y el existencialismo se centran en la idea de la libertad humana. Hay otras teorías como las de la asociación (Hume, S. Mill, Taine, etc.) o de la síntesis (Wundt, Hoffding, Janet, etc.) o de la continuidad (James, Bergson, etc.) o las teorías kantianas o de Max Scheller. Puede decirse que el estudio de la persona humana ha sido punto central de reflexión por parte de los más diversos idearios filosóficos y que la «modernidad» arranca propiamente del despliegue de la idea de persona a partir del sentido cristiano de la vida que imbuó el pensamiento medieval (cf. S. Panizo, *Persona jurídica y ficción* [tesis doctoral], Eunsa, Pamplona 1975, especialmente pp. 17 y ss. y 152 y ss.). En los tiempos más modernos y con enorme influjo sobre las ideas, la política y hasta la misma vida han cobrado una gran actualidad las filosofías personalista (de Munier, Maritain, etc.), existencialista (de Kirkegaard, Marcel, Camus, Jaspers, el mismo Sartre, Unamuno entre nosotros, Berdiaev, etc.) o el vitalismo orteguiano.

10 J. Maritain, *Humanismo integral*, cit., p. 15.

11 «*Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona*» (Summa Theologica, I, q.29, art. 3 ad sdam).

La dignidad, por tanto, es algo consustancial al ser de persona y corresponde a todo hombre naturalmente persona por el mero hecho de ser hombre.

En general, la dignidad del ser humano es entendida como «*la determinada categoría objetiva de un ser que reclama, ante sí y ante los otros, estima, custodia y realización. En último término la dignidad se identifica objetivamente con el ser de un ser, entendido éste como algo necesariamente dado en su estructura esencial metafísica y, a la vez, como algo que se tiene el encargo de realizar*»¹². La dignidad del hombre está ya en el mismo ser de hombre como algo naturalmente indicado para el despliegue de las humanas potencialidades en el plano concreto de una vocación: el «encargo a realizar» de que habla Rahner.

Ya en la misma Edad Media, en el primer despliegue conceptual serio de la filosofía sobre la persona humana, dentro de ese tomismo citado, se formulan y se formalizan los caracteres tipificantes máximos del ser persona: la completitud, la irrepetibilidad e inmanencia, la permanencia y subsistencia, la incomunicabilidad, la unidad y singularidad y, por supuesto, la dignidad, cuyas primeras formulaciones sistemáticas se encuentran ya en la filosofía cristiana medieval¹³.

Merced a la «conciencia» que el hombre es capaz de tener de sí mismo y de cuanto le rodea y es ajeno a su propio ser, hay en él capacidad para saber que él mismo es «*un ser diferente de todos los demás, único en el tiempo y singular, subsistente, base y sujeto unitario —siempre igual a sí mismo— de sus propios actos*»¹⁴. El «tomar conciencia» de lo que uno es constituye el primer reflejo del «ser persona».

Pero, en la línea de la dignidad de la persona humana, se puede afirmar que, entre los numerosos fenómenos y caracteres por los que el ser humano se distingue y descuella sobre los demás seres (conciencia de sí mismo, libertad y responsabilidad, conciencia moral), se debe destacar la idea del hombre que es, que permanece, que piensa, que puede, que quie-

12 Cf. K. Rahner, *Escritos de Teología*, Madrid 1961, II, pp. 245-246.

13 R. Zurowski, en su trabajo «Il problema della colpa e della pena di una società organizzata», en *Jus Populi Dei, Miscelanea in honorem R. Bidagor*, vol. I, pp. 523-565, en las notas 8-9 de la p. 529, con cita y referencia a palabras de A. Michel («Hypothase», en *DTbC*, VII, 410), tras decir él que «*Alberto Magno ritiene la persona come qualcosa di intero, individuale, non comunicativo, e lo stesso fa Alessandro di Halles*», asume estas palabras del autor francés: «*Pour Albert le Grand, le concept de personne inclut l'unité, la singularité, l'incommunicabilité. L'unité a son principe dans la matière; la singularité dans les notes individuantes; l'incommunicabilité dans la division, la séparation d'avec une autre hypothase. Alexandre de Halles voit aussi dans la distinction ou détermination de la substance rationnelle le principe formelle de la personnalité: pour constituer la personne il faut une triple détermination ou distinction, singularité, incommunicabilité, dignité.*»

14 J. Fellermeier, *Compendio de Sociología católica*, Barcelona 1962, p. 42.

re, que ama y todo eso puede hacerlo con libertad, construyéndose a sí mismo hasta en circunstancias desfavorables e incluso frente a Dios o el orden o el bien y referible únicamente a Dios y fin en sí mismo y no instrumento de nadie. Nos parecen muy certeras a este respecto las siguientes palabras de Guix Ferreres con las cuales y con ideas que pueden considerarse perennes se vitupera la idea de hombre como objeto o instrumento de nadie.

«El hombre es ens sui iuris, vértice de lo creado, ordenado inmediatamente a Dios y por tanto irreductible a un instrumento. Nunca y en ningún orden —còsmico, económico, social, político— el hombre es un medio o instrumento de nadie; siempre es fin para sí mismo y para las criaturas inferiores. Es la idea que encontramos en el doctor Angélico en aquel conocido párrafo del 'Contra gentes' que reza así: 'sola igitur intellectualis natura est propter se quaesita in universo; alia autem omnia propter ipsam'»¹⁵. Esto quiere decir que el hombre, por ser espiritual, permanece siempre consigo mismo a pesar de todos los vínculos sociales con que esté atado. Nunca puede «darse» de modo que se pierda de vista a sí mismo y descuide su propia perfección. «Toda persona está ordenada esencial e inevitablemente hacia el interior, vuelta hacia sí misma: nunca puede ni le es lícito prescindir de sí misma; su principal herencia, de suyo inextinguible, radica en poder encontrarse a sí misma y en descansar en sí; su actividad personal más elevada, su conocimiento intuitivo y el amor subsiguiente, no está dirigida o determinada originariamente sólo hacia fuera, sino que es, ante todo, expresión y desarrollo de su plenitud interior y tiene por finalidad el desarrollo y perfección del propio ser espiritual de persona»¹⁶. Por consiguiente, ningún hombre puede nunca tratarse a sí mismo o tratar a uno de sus semejantes como un medio o instrumento, sino que siempre debe tratarse y tratar a los demás como fines en sí. Además, este valor propio es inalienable —ni el mismo hombre puede renunciar a él— e inviolable; por consiguiente, la sociedad debe reconocerlo, protegerlo y fomentarlo»¹⁷.

En consecuencia, todo hombre por ser hombre sin más es titular de una categoría óptica con valor propio irrenunciable e inviolable (dimensión estática de la persona) y con proyecciones múltiples hacia todo aquel obrar dinámico de la persona en que reposa el que se pueda decir que el hombre actúa de manera propia de hombre y sin que se degrade esa condición humana (dimensión dinámica del ser). Es el plano grandioso de la dignidad

15 «Solamente la naturaleza intelectual, en todo el universo mundo, ha de ser buscada por sí misma; todas las demás naturalezas han de estar en función de ella» (*Contra Gentes*, III, 112).

16 E. Welty, *Catecismo social*, Barcelona 1956, I, p. 50.

17 Santo Tomás, *Contra Gentes*, III, pp. 111-113.

de la persona humana, reflejo de la imagen de Dios que es todo hombre y va en todo hombre, al haber sido «moldeado» «a su semejanza»¹⁸.

La dignidad humana es, por todo ello, un correlato sustancial a la misma condición de persona.

Y se puede anunciar que ha sido asimismo el Cristianismo y sólo él quien descubrió con su doctrina y pensamiento sobre el hombre los fundamentos verdaderos de la dignidad humana; dignidad que «resplandece en la interiorización de los valores personales: 'noli foras ire, in te ipsum redi', de san Agustín. La subjetividad sustancial y objetiva del hombre se enriquece aún más cuando se trasciende a sí misma: 'transcende te ipsum'»¹⁹.

La dignidad de la persona, por tanto, se expresa en parte muy relevante a través de la intimidad de la persona. Y será la descubierta, de la mano del pensamiento cristiano e intuición genial de san Agustín en esa obra de *Las confesiones*, verdadero canto a la intimidad al ser expresión de un alma viva, lo que dejará las semillas de la modernidad del pensamiento y de la cultura.

Hombre, persona, dignidad de la persona, intimidad: pilares sustanciales para ir descifrando el «anigma humano».

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL SER HUMANO

Este punto del desarrollo del tema, vertebrador sin duda de todo él, lo vamos a elaborar en varios planos y bajo el esquema del siguiente sumario: Concepto y clases de intimidad.-Nacimiento y orígenes de la intimidad y el derecho general a la intimidad.-Regulación del derecho a la intimidad en los ordenamientos jurídicos.-El derecho a la intimidad en el nuevo Código de Derecho canónico.

18 Esta idea del hombre asentando las bases de su dignidad en la realidad de ser «imagen de Dios en su más íntimo ser» (Pío XII, Radiomensaje de Navidad de 24-12-1952) se halla extensamente invocada en múltiples pasajes de la Sagrada Escritura: Gén 1, 16 y 9, 6; Sabiduría 2, 23 y ss.; Eclesiastes 17, 1 y ss.; Colosenses 3, 10; Romanos 8, 29; y el desarrollo de la dignidad humana a partir de esa idea ha sido realmente una constante en la filosofía y la teología cristianas hasta nuestros días.

19 Cf. L. Vela, *Algunas dimensiones del derecho del espíritu*, Madrid 1985, p. 80.

1. Concepto y clases de intimidad

El ser humano es a la vez un ser «ensimismado» y «alienado»; un ser hecho constitutivamente para la introversión y para la extroversión²⁰.

Por lo primero, el hombre es un «ser para sí mismo», un ser que mira hacia sí mismo y que vive para sí mismo: el llamado ya por san Agustín «*el hombre interior*»²¹. El ser del hombre, incluso, tiene su arranque dentro de sí. Y en este sentido la persona humana es «intimidad»

Pero en el ser humano, en su esencia de tal, aparece también insertada una dimensión «*ad alium*» («*alieno*»), de «ser hacia fuera», para «otro», relacional con los «otros».

Como señala Ortega²² más de una vez en sus obras filosóficas, «frente al ser hacia fuera, ostentatorio, exterior... se alza este modo de ser constituido esencialmente en ser interior a sí, en ser pura intimidad, reflexividad». La palabra «mismidad» es empleada en la Filosofía moderna para expresar la condición de ser uno mismo, aquello por lo cual se es uno mismo, la identidad personal más propia.

Ante esta palabra «intimidad», el sentido de lo «difuso», a la vez de lo dilatado y de lo poco concreto, se hace presente en multitud de interrogantes: qué se puede realmente llamar «intimidad» de un ser humano; cuantas y cuales son las zonas posibles de la intimidad; cuáles de ellas están ahora mismo exigiendo protección para que no perezca ni se degrade la dignidad del hombre; ¿es «intimidad» todo lo que no es superficie?; qué zonas con-

20 Este binomio conceptual de «*introvertido-extrovertido*» incluye ambivalencias dignas de nota. Fuera de los extremismos siempre viciosos de quienes utilizan por sistema peyorativamente los dos adjetivos, el ser «introvertido» puede significar la normalidad de la persona reflexiva que se mira por dentro para conocerse como es o la anormalidad del «ensimismado» que no tiene ojos más que para sí. Y algo parecido se puede indicar de la «extroversión» que puede presagiar la anormalidad del que no tiene ojos para sí mismo o la normalidad consustancial al ser humano de proyectarse *ad alium*. Esta idea, en ese claroscuro, la perfila san Agustín en *Las confesiones* en su queja por el olvido en que tenemos nuestra intimidad: se lamenta de nuestro olvido de ser hombres de fondo cuando los ve subir «*a admirar la altura de los montes, el oleaje proceloso del mar, el fácil y copioso curso de los ríos y el ámbito del Océano y las revoluciones y los giros de los astros y no ponen la atención en lo que llevan consigo mismos*».

21 San Agustín, *Las confesiones*, Aguilar Madrid 1942, lib. X, cap. 10, pp. 313-316: «*me dirigí a mí mismo y me dije: ¿tú qué eres? Y me respondí: «Hombre». Cuerpo y alma tengo a mi servicio: el uno exterior, interior la otra... El hombre interior conoció esto por ministerio del hombre exterior; y yo, el ser interior, yo, yo el alma, lo conocí por los sentidos de mi cuerpo*». Una simple reflexión sobre estas expresiones está delatando que es en esa radicalidad-interioridad-intimidad del ser humano donde se fabrica y construye lo más distintivo de los hombres: el conocimiento racional con todo su despliegue de posibilidades. La idea de la intimidad del hombre estuvo ya presente en las geniales intuiciones de san Agustín.

22 Ortega y Gasset, «*Qué es Filosofía*», en *Obras completas*, Madrid 1997, vol. VII, p. 372.

céntricas se amontonan y componen la intimidad con la diversidad de grado que va desde la «intimidad corporal» por ejemplo o la interioridad de un pensamiento hasta los fondos endotímicos de ser o los enigmas del inconsciente o del subconsciente; qué diferencia ocurre, sobre todo jurídicamente hablando, entre esos fondos tan recónditos de intimidad y la intimidad que, por ejemplo, se refleja a través del comportamiento habitual de una persona. Bajo muchas de estas preguntas bullen enigmas para uno mismo y la dignidad de la persona puede colocarse en entredicho cuando es agredida con intromisiones que celan o quitan autonomía e independencia.

Ante todas estas ideas sobre la «intimidad» podrían pensarse distinciones profundas de intimidad, con posibilidades multiformes de diversos tipos de juridicidad en relación con cada uno de ellos: intimidad «recluida» y «oclu-sa» con lo más abstruso, esquivo y opaco de nuestro ser; intimidad corporea; intimidad exenta; intimidad exteriorizada; intimidad perdida hasta para los propios ojos; intimidad cerrada e intimidad abierta²³. Es verdad que puede hablarse de una «intimidad abierta», la que directamente es mostrada por el sujeto o la que indirectamente se percibe por la conducta y el comportamiento: el hombre habla por lo que dice y habla también, y quizá más elocuentemente, por lo que hace, como resumían certeramente los viejos métodos de exploración psiquiátrica²⁴.

Si, como vemos, filosóficamente se hace muy difícil retratar ese fondo del alma que se llama nuestra intimidad, no lo es menos hacerlo jurídicamente y sobre todo en la tarea de aplicar las normas o las leyes al caso concreto haciendo justicia. Y dentro incluso del terreno jurídico, lo es más todavía definir y precisar ese «bien jurídico» de la intimidad a causa de tanta pluralidad de componentes y de matices²⁵.

23 Estos campos vastos de la intimidad, el genio de las más grandiosas intuiciones antiguas, el gran san Agustín, los intuyó en casi toda su extensión hasta hablar sin palabras del subconsciente freudiano, cuando, al referirse al juicio de Dios hasta sobre lo más inescrutable del hombre, dice que *«si bien ningún hombre sabe lo del hombre sino el hombre que está en él, no obstante hay alguna parte del hombre que la ignora el mismo espíritu que está en el hombre»*, y ello aunque, mientras dura su peregrinación terrestre, el hombre esté más cerca de sí mismo que de Dios (*Las confesiones*, cit., lib. X cap. V, pp. 312-313): en estas solas frases, si son bien reflexionadas, se descubre todo un tratado de psicología sobre la intimidad del hombre y sus espacios. Y la idea la completa en ese mismo *Libro de las Confesiones*, cap. VIII, al decir terminantemente: *«ni yo mismo alcanzo a comprender la totalidad de lo que soy»*.

24 Cf. J. A. Vallejo Nájera, «La exploración clínica», en VV. AA, *Guía práctica de Psicología*, Madrid 1998, p. 679.

25 El listado de los componentes concretos de la intimidad que debieran ser atendidos y protegidos por el derecho a la misma podría ser muy amplio como no es necesario demostrar siquiera. En el Congreso de Juristas de los Países Nórdicos celebrado en Estocolmo en mayo de 1967, sobre el derecho al respeto de la vida privada de las personas, que se dice consistir en «el derecho del individuo a vivir como él pretende», se precisaron diez puntos concretos de protección de tal derecho.

Es realmente ancho y copioso el mundo éste de la intimidad de la persona humana en el que pueden entrar cosas tan variopintas como los fondos endotímicos más profundos hasta los valores, las ideas de toda índole, los sentimientos o convicciones, las manías o los gustos, el libre albedrío con sus más y sus menos, el tono de la sexualidad o en general la verdad auténtica de lo que cada cual lleva por dentro al tomar sus decisiones. El propio san Agustín lo intuye y parece haber intuido incluso el misterioso mundo del inconsciente y del subconsciente al dejarse decir que hay alguna parte del hombre que ignora hasta el mismo espíritu que está en el hombre, como ha poco acabamos de anticipar²⁶.

Como los ordenamientos jurídicos, obviamente, se suelen abstener de sentar conceptos básicos en materia de los «bienes de la personalidad» y todo lo relativo concretamente al honor, a la propia imagen, a la intimidad puede ser tan aleatorio y volátil en algunas de sus manifestaciones (en otras no tanto: porque nadie seguramente dudará de la pertenencia a este ámbito de cosas como el comportamiento sexual o las creencias religiosas) que a los jueces y tribunales especialmente les pueda resultar difícil la aplicación de las leyes a otros casos —como por ejemplo el secreto bancario— en que pudiera no resultar tan patente su cobijo dentro de la más auténtica intimidad de las personas²⁷. Y por otra parte en este terreno se hace extremadamente difícil separar lo que «*el público tiene derecho a conocer y lo que un hombre tiene derecho a conservar para sí mismo*»²⁸.

Con esto de la «intimidad más auténtica» estamos ya anticipando ideas sobre el elástico recorrido de los bienes o valores hipotéticamente insertables en ese ancho campo de la intimidad de la persona humana.

Y eran los de protección contra «*toda injerencia en la vida privada, familiar o doméstica; todo atentado a su integridad física o mental o a su libertad moral o intelectual; todo atentado a su honor o a su reputación; toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos; la divulgación intempestiva de hechos molestos en relación con su vida privada; la utilización de su nombre, de su intimidad o de su imagen; toda actividad tendente a espiarle, vigilarle u hostigarle; la intercepción de su correspondencia; la utilización malévola de sus comunicaciones privadas, escritas u orales; la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional*». Esta amplia relación de aspectos de la vida privada de las personas, que no tiene tampoco que ser exhaustiva, muestra cómo el término «intimidad» dista mucho de ser claro y sobre todo unívoco. Y ya hemos de volver a insistir en la idea de la intimidad entendida en un sentido amplio amparando e incluyendo los derechos al honor y a la propia imagen y en un sentido estricto referible solamente a una esfera muy concreta y particular de derechos que serían los que propiamente se podrían llamar derechos de intimidad.

26 «Vos sois, Señor, quien me juzgais, porque si bien ningún hombre sabe lo del hombre, sino del hombre que está en él, no obstante, hay alguna parte del hombre que la ignora el mismo espíritu que está en el hombre» (*Confesiones*, cit., lib. X, cap. 5, p. 312).

27 Cf. A. L. Cabezuelo Arenas, *a la intimidad*, Valencia 1998, pp. 16-17.

28 Lord Mancroft, autor del Proyecto de Ley inglés de 1961 sobre protección de la intimidad en un artículo publicado en *The Times* de Londres de fecha 22 de octubre de 1969 daba esa razón de su imposibilidad para deslindar esos dos campos como causa de la retirada de su Proyecto de Ley.

Nos parece de todos modos necesario, para una buena sistematización y fundamentación de la materia que estamos tratando, presentar, aunque sea con brevedad, algunas ideas que pudieran servir para de alguna manera conceptualizar la «intimidad del ser humano».

Recurrir a la semántica y a los diccionarios para precisar conceptos, aunque en ocasiones pueda no servir de mucho en la práctica, casi siempre permite disponer de unas bases o puntos de partida aprovechables. Y por ello nos permitimos abrir este breve recorrido conceptual de la «*intimidad de la persona*» con algunas alusiones a estas dos fuentes de información.

Semántica y etimológicamente, la palabra «intimidad» proviene directamente del adjetivo latino superlativo *intimus*, que tendría significado de «lo más íntimo». Y en las raíces de *intimus* estaría el adverbio *intus* con significado de «interior».

Con este sentido lingüístico, es claro que la palabra «intimidad» es referible a la palabra «interioridad»; y si se extremara el sentido de esta palabra, cabrían aludir a ese reducto interior que la persona tiene y que incluye un interés del sujeto por ocultar o dejar al margen de los demás de nuestra más directa convivencia incluso.

En los diversos Diccionarios de la Lengua, como suele ocurrir, aparece más de un sentido de la palabra «intimidad».

Por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su segunda acepción, llama intimidad a la «*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*». En el mismo Diccionario y en relación con otras palabras sinónimas como «interioridad» o «interior» aparecen acepciones utilizables en nuestro caso ya que por «interioridad» se pueden entender las «*cosas privativas, por lo común secretas, de las personas, familias o corporaciones*» y por «interior» se puede entender «*el alma como principio de la actividad propiamente humana*».

De todas estas acepciones se podría deducir una coincidencia en cuanto a la idea de intimidad como *reducto espiritual de la persona con exigencia de una especial protección frente a cualquier forma o modo de conocimiento ajeno del mismo*²⁹.

La etimología por tanto de la palabra, permite ya una primera aproximación al concepto de intimidad, al que cuadran sentidos de «zona espiritual reservada de la persona», el «núcleo oculto en que se fraguan las decisiones más propias e intransferibles»³⁰.

29 Cf. L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid 2000, p. 48.

30 Cf. F. Herrero Tejedó, *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid 1998, p. 26.

Entre las definiciones múltiples³¹ que existen sobre el concepto de intimidad, dejando de lado uno de los primeros intentos de definirla y que dentro de su generalidad y concisión puede seguir teniendo validez: el del juez americano Cooley³², la que, a nuestro juicio, mejor resume, desde ángulos jurídicos, este concepto es la de O'Callaghan³³, para quien la «intimidad» es «*el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado*».

En la definición se correlacionan los espacios del «ser» y del «deber ser»: de la intimidad como el círculo de las actividades que forman lo más íntimo (que por cierto tampoco se determina y precisa en la definición); y de la intimidad ya en su proyección de facultades y poderes de la persona para la protección de esos fondos íntimos.

Dada la relatividad ostensible de la intimidad de la persona, dependiente en su grado de intensidad y hasta de verificación de factores personales, sectoriales y sociales, a parte de que hasta el concepto de intimidad podría venir con frecuencia relativizado, las distintas teorías ofrecen clasificaciones con los ámbitos o esferas más o menos amplias de aplicación o de intensidad con los correspondientes efectos en cada caso en el plano de la protección jurídica.

En el concierto de las teorías (escuela francesa, alemana, italiana, americana, etc.), nos parece útil resaltar la orientación clasificatoria de Bricola³⁴, quien distingue dos derechos o vías de derecho insertos en la llamada «zona privada» de la persona: el derecho a la «reserva» (la *riservatezza*) y el derecho al respeto de la vida privada.

El derecho a la *riservatezza* se asienta sobre el supuesto de un conocimiento o acceso lícitos a una intimidad ajena con la consecuencia de unos correspondientes deberes de sigilo o de reserva. La infracción del derecho se produce no cuando se conoce lícitamente la intimidad sino cuando ilici-

31 Herrero Tejedor, en la obra citada, ofrece las distintas direcciones conceptuales de las diferentes Escuelas y nacionalidades que, si bien muestran matices e insistencias en puntos diversos, mantienen un mismo fondo de la esfera del propio ser y de la propia vida, en las dos direcciones, que se quiere mantener en reserva y en la que no se desea que los demás tengan cabida: cit., pp. 19-26.

32 En su obra *The elements of torts*, publicada en el año 1873, el juez norteamericano Cooley hablaba de entender la intimidad como «el derecho a ser dejado en paz» (*the right to be let alone*). Dentro de la concisión, esta idea del derecho a ser dejado solo consigo mismo puede, fundamentalmente, seguir teniendo validez.

33 X. O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad, imagen*, Madrid 1991, p. 38.

34 Cf. Bricola, «Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza», en *Il Diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano 1970, p. 69.

tamente se divulgan o revelan los datos conocidos a personas ajenas a la esfera de confianza. En este plano se inscriben las relaciones que se entablan con profesionales de la medicina en sus distintas modalidades o de la psicología o del derecho.

En cuanto al derecho al respeto de la vida privada, en caso de violaciones de ese respeto, la ilicitud radica en el hecho mismo de la interferencia en la esfera privada. Siendo ilícita ya en su raíz la interferencia o intrusión subrepticia, si posteriormente se produjera la divulgación de los hechos así conocidos, la consecuencia sería la agravación del delito y de la sanción jurídica. En el caso, por ejemplo, del derecho al secreto de la correspondencia, la violación de la intimidad tendría un primer plano en la intrusión indebida en escritos o cartas confidenciales de otra persona; y podría tener un segundo plano ulterior y complementario si esa intrusión determinara publicidad o divulgación de lo conocido antes.

Serán modos, en todo caso, de sistematizaciones de escuela que pueden, dentro de esa elasticidad anotada del concepto, ayudar a una mejor comprensión de esta realidad.

En síntesis, la intimidad enlaza uno de esos conceptos en que, por exigencias del guión —el fondo profundo e inescrutable del hombre—, es prácticamente imposible expresar y sobre todo precisar lo que es y cuáles son sus exactos componentes.

Las ideas apuntadas, de todos modos, pueden servir para formarse una idea, que tal vez se pueda enriquecer si nos asomamos a los orígenes históricos de la idea de intimidad.

2. *Nacimiento y orígenes de la intimidad y el derecho general a la intimidad*

Ortega y Gasset, tras afirmar para sus alumnos y estudiantes de Filosofía allá por el año 1929 que «*la modernidad nace de la Cristiandad*» y saberse que la «modernidad» para Ortega consiste en el descubrimiento de la subjetividad, está señalando al Cristianismo como factor importante y quizá decisivo del nacimiento de la idea de la «intimidad».

Y de hecho Ortega alude a san Agustín como «*el primer pensador que entrevé el hecho de la conciencia y del ser como intimidad*».³⁵

35 En su obra *Qué es Filosofía*, Ortega, que inicia la lección VIII con la frase de que «*el descubrimiento decisivo de la conciencia, de la subjetividad, del «yo» no acaba de lograrse hasta Descartes*», reconoce al final del capítulo que, desde el punto de vista cristiano, los más auténticos polos de

En bastantes de las obras de san Agustín y muy especialmente en *Las confesiones*, auténtico canto en muchos de sus capítulos a la intimidad, se perciben atisbos de lo que él denomina con expresiones como éstas: «el desnudo abismo de la conciencia humana», «mi más esquivada y remota intimidad» y que no es realmente otra cosa que la «reconditez del corazón» en la que el hombre es como realmente es: ahí, en esa «reconditez», «soy lo que soy»³⁶: la intimidad se abre ya a los ojos de san Agustín como la parcela más humana de todo lo humano; y una muy simple escrutación jurídica tiene que intuir que la grandeza y delicadeza del «valor» ínsito en la «intimidad» tenía que terminar por alertar sensibilidades de protección y tutela de una de las parcelas más típicas y significativas del «eterno humano».

No faltan otros autores modernos y actuales que, cuando tratan de buscar las raíces y el acta de nacimiento de la intimidad como realidad fondera humana y de la intimidad como derecho a la intimidad, se dirigen al Cristianismo y a la ideología-filosofía cristiana como al campo en que por primera vez y de alguna manera se toma conciencia y se «delimita el concepto de intimidad»³⁷.

Y dentro ya del Cristianismo, en el despliegue de las anteriores ideas matrices de san Agustín, se alude a santo Tomás como al primer pensador medieval que por primera vez «representa la superación de la interioridad de san Agustín»³⁸.

Nos permitimos unas breves referencias a lo que supuso santo Tomás en el desarrollo modernizante del concepto de intimidad, «aislándolo de

la verdadera realidad no son más que dos: Dios y el alma: «y como conocimiento es siempre para el cristiano conocimiento de lo real, el conocimiento ejemplar será el de Dios y el alma». Y acto seguido alude expresamente a san Agustín, del que cita en latín estas dos frases: «Deum et animam scire cupio. Nihilne plus? Nihil omnino»; «Noli foras ire, in te ipsum redi: in interiore homine habitat veritas». En estas dos frases, a juicio de Ortega, radican los primeros atisbos de lo que modernamente se entiende por «intimidad». Y la culminación del descubrimiento de la intimidad en Descartes no quita valor alguno a los atisbos y las conquistas cristianas más antiguas porque, si en el entender de Ortega, en san Agustín ya estaba presente «el hombre como absoluto interior, como intimidad», la similitud de recorrido entre esos viejos inicios cristianos de modernidad y la culminación de los mismos en Descartes se hace patente a través del reconocimiento orteguiano de que, a lo largo de todo ese recorrido, lo mismo en san Agustín, que en santo Tomás, que en Descartes o santa Teresa «en el fondo de esa intimidad se encuentra Dios» (*Qué es Filosofía*, cit., pp. 375 y 386). ¿No permite todo esto deducir, una vez más, que la «sacralidad» hasta humana de los derechos radicales del hombre en general y del derecho a la intimidad en concreto se radica en esa «imagen de Dios» que es el hombre y que la inviolabilidad de tales derechos se apoya en el designio divino sobre el ser humano como «semejanza» y por eso mismo corona de la Creación?

36 Cf. *Las confesiones*, cit., p. 310.

37 Cf. L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 39.

38 Dilthey afirma en la *Introducción a las Ciencias del espíritu* que «ningún hombre medieval vió más allá de san Agustín»: aunque el elogio de Dilthey tiene un contexto muy amplio y puede ser aplicable a varias de las intuiciones agustinianas, la verdad es que los pensadores medievales, y en nuestro caso santo Tomás, tomaron el listón de san Agustín y trataron de elevarlo y superarlo.

otras pretensiones» humanas de los mismos fondo y base, pero diferentes cualitativamente de él.

Santo Tomás percibe con nitidez que en los seres humanos existe una esfera de intimidad como reducto propio de lo más típico de la persona humana: el reducto de su racionalidad que consiste en la conciencia que cada uno tiene de sí mismo como sujeto irrepetible y que se recluye en el núcleo más oculto de cada persona, donde se forjan los pensamientos y los querer más propios, más inescrutables, más ocultos y velados a la vista de los demás.

Habla en varias de sus obras³⁹ de «*los pensamientos de los corazones*», de *los secretos de los corazones* y de la inescrutabilidad del corazón humano⁴⁰.

En la *Summa Theologica* especialmente se deja bien sentada la idea de que solamente Dios puede escrutar los corazones de los hombres que son en sí mismo inescrutables: «*el conocer los pensamientos de los corazones es propio solamente de Dios*». Y toma nota el Aquinate de las palabras de san Pablo en la Primera Carta a los Corintios (2, 11) con las que completa la anterior idea de que solo Dios es capaz de escrutar la interioridad del ser humano: «*qué hombre puede conocer lo que en el hombre hay sino el espíritu del hombre que en él está*».

Ya estas ideas nos sitúan ante una zona penumbrosa de la interioridad del ser humano, coto cerrado para nadie que no sea el espíritu interior del propio hombre y el escrutador de todo que es Dios.

Este coto cerrado del hombre es su «intimidad».

Sigue santo Tomás precisando ideas y marcando límites y fronteras de esas zonas de la «intimidad».

Distingue dos formas o caminos de posible acceso y conocimiento para los demás de esa intimidad del ser hombre o «*pensamientos del corazón*»: el uno de ellos discurre a través de las expresiones externas de esos pensamientos internos y se invocan pasos como el comportamiento o los actos exteriores del propio hombre aunque matizando que esos acceso y conocimiento serán tanto más difíciles cuanto más ocultos y recatadas sean o hayan podido ser esas expresiones externas⁴¹.

39 *Summa Theologica*, I, q.57, art. 4; *De veritate*, q.8, art. 13; *Opusc.*, 11, a.36; *De malo*, q.6, art. 8; *In I*, cor. 2, lect. 2.

40 Toma santo Tomás palabras de las profecías de Jeremías en que se afirma que «*el corazón del hombre es tortuoso e inescrutable: quién lo podrá conocer? Yo, Yahvé, que penetro los corazones y escrito los riñones*» (Jer 17, 9-10).

41 «*Cogitatio cordis dupliciter potest cognosci. Uno modo, in suo effectu. El sic non solum ab angelo, sed etiam ab homine cognosci potest; et tanto subtilius, quanto effectus huiusmodi fuerit*

La otra forma de acceso mira a los pensamientos del corazón tal como se hallan en nuestra inteligencia y mira a los movimientos y propensiones tal como se encuentran en la voluntad; es decir, se trataría del acceso a la misma interioridad de la persona y en este sentido y fuera del propio sujeto nadie más que Dios puede tener el acceso libre a esa intimidad. Y ello es debido a que esa interioridad de la persona que reside en la racionalidad del voluntario solo viene sometida a la mirada de Dios ⁴².

Y se habla de una especie de blindaje de la intimidad: por un lado la misma se halla cobijada bajo el espesor del cuerpo; y por otra parte es la naturaleza misma de la voluntad celosa de sus secretos ⁴³.

Ese mismo blindaje de la intimidad de la persona hace que la misma sea coto cerrado para los juicios de otras personas. La intimidad es algo sagrado para las miradas y juicios exteriores. Y ya en el fondo de todo ésto recalca esa idea de que la intimidad debe ser respetada; que nadie tiene derecho a entrar en ella sin permiso del sujeto; que solo cuando esa intimidad es mostrada públicamente por la persona que la ostenta puede la misma ser juzgada y valorada; cuando esa intimidad es mantenida en privado o en secreto o facilitada en esas condiciones a otra persona, la misma sigue mereciendo respecto. Hablando santo Tomás de la licitud en los juicios, llama temerario al juicio «*quod est de intentione cordis*», siendo realmente una temeridad rayana en la ilicitud el juzgar de las cosas «ocultas» de las personas ⁴⁴.

La Doctrina actual sobre este derecho a la intimidad propio de toda persona humana cierra en torno a santo Tomás las mejores claves doctrinales sobre la misma en la Edad Media: se delimita de alguna manera y por primera vez el concepto de intimidad en cuyo contenido juega un papel de primera el elemento de voluntad; la interioridad de la persona incluso puede considerarse en un plano más espacial que la intimidad, más recóndita y más exclusiva de los seres con racionalidad. La intimidad es el «pensamiento del corazón»; la misma naturaleza tiene previsto en sus leyes naturales este espacio de la intimidad propio de cada persona humana y lo protege tam-

magis occultus» (*Summa Theologica*, I, q.57 ad.4). Y se citan palabras de san Agustín, de su Tratado *De divinatione daemonum*, que indican que «*aliquando hominum dispositiones, non solum voce prolatas, verum etiam cogitatione conceptas, cum signa quaedam in corpore exprimuntur ex animo, tota facilitate perdiscunt*».

⁴² «*Alio modo possunt cognosci cogitationes prout sunt in intellectu, et affectiones prout sunt in voluntate. Et sic solus Deus cogitationes cordium et affectiones voluntatum cognoscere potest. Cuius ratio est quia voluntas rationalis creaturae soli Deo subiacet*» (*Summa Theologica*, I, q.57, art. 4).

⁴³ «*Cogitatio unius hominis non cognoscitur ab alio propter duplex impedimentum: scilicet propter grossitiem corporis et propter voluntatem claudentem sua secreta*» (*Summa Theologica*, I, q.57, a.4, *ad primum*). La idea de secreto se afina con ello y se adosa a los caracteres de la verdadera intimidad.

⁴⁴ *Summa Theologica*, II-II, q.60, arts. 2-3.

bién naturalmente por medio tanto de la opacidad del cuerpo humano como con las leyes de la voluntad que recatan sus secretos: estas dos barreras sirven de natural protección a la intimidad; la intimidad reviste un claro sentido de «sacralidad» humana que la hace sumamente respetable: de derecho nadie puede invadirla para juzgarla o valorarla (*«de internis»* —afirma la moral cristiana— *«neque Ecclesia»*) porque se estaría caminando por los terrenos de la temeridad o de lo que no tiene base de sustentación. Sólo cuando esa intimidad es voluntariamente manifestada o mostrada por la persona que la tiene puede la misma ser valorada o juzgada o utilizada. Pero cuando la manifestación se produce en privado o en secreto o bajo secreto persiste íntegramente el deber del respeto. Con todo ello, ya santo Tomás reconoce límites al derecho a la intimidad cuando entra en escena y en juego el «bien común» ante el que debe ceder el bien privado⁴⁵.

Nos encontramos, como se aprecia, ya en santo Tomás con una auténtica superación de las geniales intuiciones agustinianas en las que se vislumbraron ya los más profundos reductos del bien sagrado de la intimidad como expresión radical de la dignidad de la persona humana.

El avance tomista es ostensible, pero no definitivo porque el terreno cultural de aquella época no revestía las condiciones óptimas para su desarrollo definitivo.

Como señala Béjar, la llegada del bien de la privacidad de la persona será en el tiempo la resultante de la correlación de varios factores del pensamiento más moderno, entre los que caben destacarse el individualismo liberal, el pluralismo social y sobre todo el personalismo contemporáneo con la exaltación de los derechos humanos y de la dignidad de la persona simplemente por ser persona⁴⁶. No se puede desconocer, en esta misma línea más moderna del surgir de la intimidad, la contribución religiosa tanto católica como protestante a través de la acuñada noción de «fuero interno», espacio humano tan personal y reservado sobre el que, como se acaba de señalar, ni la propia Iglesia puede juzgar.

Ya la plétora y confirmación del concepto de intimidad se produce en nuestra época más moderna y viene de la mano de todo un conjunto de pensadores filósofos, psicólogos y antropólogos que llevan a su culminación la evolución de un concepto como el de intimidad que alcanza su máxima cota de posibilidades y su cenit con la idea del «yo relacional»: el

45 Cf. L. M. Fariñas Matoni, *El derecho a la intimidad*, Madrid 1983 pp. 290-291; L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid 2000, pp. 39-40; cf. *Summa Theologica*, II-II, q.28, a.1; II-II, q.70, a.1.

46 H. Béjar, «La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal», en *Revista Sistema*, 1987, n. 16, p. 147.

«yo insobornable» de Ortega o el «yo profundo» de Bergson que lo ha de ser a partir de la neta separación de cosas y de personas: mi vida propia como realidad radical e intransferible (el «yo» orteguiano), pero siempre abierta al «otro» en el que ese «yo», sin dejar de serlo, necesita complementarse para ser precisamente y plenamente «yo» (la «circunstancia» también orteguiana).

La intimidad «inclusa» pero no «reclusa» de la persona sale a la superficie de la misma por necesidad de entablar coexistencia y convivencia con los «otros»: de este modo la intimidad, siendo íntima, tiene que dejar de serlo por exigencias hasta constitutivas del «yo»; y de esas coexistencia y convivencia con los «otros», que son también portadores de intimidad, resultan necesariamente limitaciones para cada intimidad, al igual que sucede con nuestra libertad que, siendo don supremo, ha de ceder cuando topa con otras libertades y otros derechos a la libertad⁴⁷.

Creemos por todo lo dicho que en estos momentos el concepto de intimidad está logrando su máximo despliegue en el plano de las ideas y también, lo que es más importante, en el plano de la protección y de la tutela personal y social del mismo.

A partir de esa dicha acuñación filosófica del concepto de intimidad en la Edad Media y de la culminación actual del desarrollo del concepto, un paso adelante y progresivo lo constituye el tránsito de la intimidad en cuanto valor o bien-interés humano radicado en la persona a la intimidad como valor o interés jurídicamente protegido.

Son dos pasos realmente. No todo lo que representa un valor o un interés en el ser humano necesariamente ha de estar jurídicamente protegido. Este paso del interés en sí a interés cualificado o valor jurídicamente protegido es consecuencia de la sensibilidad social que percibe esa necesidad de protección y la reclama a las autoridades.

Lógicamente a ese plano de la protección jurídica de la «intimidad» ha de preceder y de hecho precede, como se acaba de ver, la idea de «intimidad» y la configuración-delimitación conceptual de la misma. Y es la aclimatación en la sociedad de una sensibilidad de alta civilidad a favor de lo que es más íntimo y propio de uno mismo el factor de acicate de los juristas para convertir ese valor primariamente humano en valor jurídicamente establecido y protegido.

47 Cf. sobre estas cuestiones y especialmente sobre las ideas en la materia de pensadores españoles única mente señalamos, como muestras del pensamiento orteguiano sobre la intimidad, a J. Marías (*Ortega. I. Circunstancia y vocación*, Madrid 1960) y a P. Laín Entralgo («Teoría y realidad del otro», en *Revista de Occidente*, Madrid 1968, vol. I, pp. 281 hasta el final).

En síntesis, se puede afirmar que este paso de la intimidad como valor extrajurídico a la protección normativa de la misma no se produce plenamente hasta los inicios del siglo xx, aunque puedan anotarse precedentes y manifestaciones que se remontan incluso hasta el mismo Derecho romano ⁴⁸.

Este recorrido progresivo es fruto de una conciencia social activada por el «sensus libertatis» del ser humano, que se va despertando a medida que injusticias naturales golpean con reiteración a la persona que, al sentir la necesidad de protección de ese valor, la proyecta sobre el legislador o la autoridad urgiendo tomas de iniciativas jurídicas.

EN RESUMEN, se puede concluir que, si la idea de intimidad es una de las cosas que, en lo humano, contiene resonancias antiguas y despierta sensibilidades ancestrales, su juridificación y las formulaciones jurídicas de proclamación, tutela y protección del derecho a la intimidad son cosas modernas o, quizá mejor, muy actuales.

3. *Regulación del derecho a la intimidad en los ordenamientos jurídicos*

Hemos visto hasta este momento a la intimidad más como un hecho o una realidad adentrada en la persona que como un derecho de la misma a ser protegida en esa intimidad.

Realmente, es necesario proclamar que la más auténtica culminación de la idea de intimidad no se produce hasta que el hecho de la intimidad de la persona pasa a convertirse en un derecho a la intimidad propio de cada persona y convertible procesalmente incluso en una acción de tutela: un derecho vital y además reconocido públicamente y tutelado jurídicamente: uno de los derechos fundamentales del ser humano.

Hay que decir que, dentro de los estratos de una intimidad personal, se acogen cosas y realidades como la salud o la enfermedad de las personas o en general los datos privados en relación con diferentes actividades o relaciones intra o interpersonales sobre los que el ser humano merece en muchas ocasiones respeto y protección.

En medio de todo ello, aparece claro que muchos de esos campos y terrenos, como concretamente el de la enfermedad sobre todo mental y psíquica o de la salud en general, mirados desde ángulos sociales, presentan unas perspectivas y unos contenidos jurídicos que *«atienden básicamente a la asistencia y protección legal de los enfermos mentales y también a la*

48 Cf. L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 55 y ss.

protección de la sociedad frente a ellos»⁴⁹. Ya estas direcciones de la protección de la intimidad de las personas apunta hacia la realidad, en estos casos, de verdaderas encrucijadas de caminos en que los intereses de una parte deberán compatibilizarse con intereses también legítimos de otra.

Adelantamos ya que, aunque puedan verse vestigios del derecho a la intimidad de las personas desde el mismo Derecho romano, el verdadero y solemne reconocimiento de la intimidad como derecho de la persona no se produce hasta los inicios del siglo xx⁵⁰. Es entonces precisamente cuando cobra toda su fuerza el despliegue y la tutela del derecho a la intimidad merced a su entronque con la dignidad de la persona humana, que realmente es lo que sirve de fundamento radical al derecho. Es entonces también cuando el derecho a la intimidad se integra en las modernas Declaraciones de los derechos humanos.

Centrándonos únicamente en nuestro Derecho patrio, simplemente nos vamos a permitir destacar algunas de las principales muestras doctrinales y legales en que, hoy en día, viene apoyado el Derecho a la intimidad en España.

Parece que la primera monografía española sobre derechos de la persona es el «*Tractatus de potestate in se ipsum*», de Gómez de Amescua, publicada en Palermo en 1604, en la que se sienta como principio el de la libertad plena de la persona respecto de sí misma y únicamente limitada cuando algo le haya sido «expresamente prohibido» en este plano⁵¹.

Fue especialmente a partir del siglo xvii cuando se produjo el paso de los derechos de la persona al ámbito público, a pesar de que se consolida con la Escuela del Derecho Natural la idea de que tales derechos son con-naturales a la persona humana y, por eso mismo, han de ser y existir con independencia del Estado, al cual sin embargo se le impone la obligación de reconocerlos, formularlos, protegerlos y garantizarlos a todo ser humano. Todos estos cuatro aspectos son públicos y forman parte integrante de los deberes primordiales de la sociedad para con los ciudadanos: cuestión sin duda de verdadera justicia distributiva.

49 J. Méjica.-A. Fernández Miguelez, *Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica*, Colex, Madrid 1999, p. 15.

50 Sobre las manifestaciones históricas de la intimidad dentro del campo del Derecho tanto en la Antigüedad clásica como en el Derecho medieval y moderno Cf. especialmente L. Rebollo Delgado en su ya citada obra *El Derecho fundamental a la intimidad*, cit., pp. 54-70.

51 «*Todo le está permitido al hombre, excepto lo que le esté expresamente prohibido por el Derecho*»: el planteamiento de Gómez de Amescua va orientado hacia la existencia en todo hombre de un *ius in corpus*, que se visiona dentro de lo privado y con unos planos de protección también de ámbito privado.

Concretamente y en cuanto a la intimidad de la persona, la misma no viene explícitamente y con su nombre proclamada en las leyes y ordenamientos españoles, sino implicada y recogida bajo los derechos a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia. Así sucede con la *Novísima Recopilación* (1805) en la que se recogen esos dos derechos⁵².

Se puede decir, en general, que tanto en España como en otros países el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad, salvados los Estados Unidos, es muy reciente lo mismo que su constitucionalización.

Existía en España, desde el artículo 1902 del Código civil, la tendencia jurisprudencial a apoyar en el mismo la defensa de los derechos de la personalidad en forma evidentemente generalizada y dirigida preferentemente a fijaciones patrimoniales. Este artículo, por ejemplo, es tomado como base de sentencias del Supremo en que se acogen por primera vez reconocimientos de responsabilidad por daños morales derivados de la lesión del honor y de la buena fama⁵³.

Con la Constitución de 1978 se centraliza ya realmente y de forma plena en la persona humana la existencia de los derechos de la misma o de sus cualidades y atributos, dentro de la configuración de un ámbito personalísimo de disposición con posibilidades o no al libre criterio del titular de dar a conocer o permitir que otros conozcan aspectos de su vida privada.

En esta línea precisamente, el artículo 18 del texto constitucional, en su número 1 y dentro del capítulo de las libertades públicas, establece que *«se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»*. El empleo concreto en este caso del verbo *«se garantiza»* en lugar del otro verbo utilizado generalmente *«se reconoce»*, en el sentir de los

52 Anteriormente existen una serie de normas en forma de pragmáticas, órdenes, autos, providencias, etc. desde los Reyes Católicos hasta Felipe V y los primeros vestigios de reconocimiento constitucional a partir del art. 126 del Estatuto de Bayona y el art. 306 de la Constitución de 1812 en que se formulan disposiciones a favor precisamente de la inviolabilidad del domicilio de todo ciudadano español, salvo los casos en que determine la ley o el buen orden o la seguridad del Estado. Y del mismo tenor son las Constituciones de 1837 y 1845 y de la no-nata de 1856 con la particularidad de que en la de 1869 por primera vez se hacen extensivos esos derechos reconocidos a los españoles también a los extranjeros. Ya en el art. 5 de esta última Constitución entra en escena un elemento nuevo al configurarse el derecho y es el del consentimiento del interesado como límite personal de la inviolabilidad: *«nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español o extranjero residente en España sin su consentimiento excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes»*. Ya en la Constitución de 1931, en su art. 31, desaparece el elemento *«consentimiento del interesado»* y se generaliza la inviolabilidad del domicilio salvo en virtud *«del mandamiento del juez»* (cf. al respecto L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., pp. 57 y ss.).

53 Sentencias del T. Supremo de fechas 6 de diciembre de 1912 y la más reciente de 7 de febrero de 1962 (cf. Herrero Tejedor, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Colex, Madrid 1994, pp. 144 y ss. en que se comentan por extenso estas sentencias).

autores, parece «*dar a entender una esencialidad en la efectividad del derecho a la vida privada*»⁵⁴. Parece atinado este criterio en función del espíritu constitucional español, evidentemente alejado de criterios puramente positivistas en la su concepción de los derechos fundamentales como si esos derechos unicamente existieran al ser positivizados o recogidos en normas positivas: lo cual sería del todo extraño a la trayectoria tradicional jurídica de España.

El desarrollo normativo de este derecho constitucional a la intimidad se produce con la Ley de 5 de mayo de 1982⁵⁵.

En esta Ley, superando el viejo esquema del recurso general al artículo 1902 del Código civil en que se recoge el principio de responsabilidad extracontractual, se comienza disponiendo en principio la protección civil del «*derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*» «*frente a todo género de intromisiones ilegítimas*». Con esta norma, el deber general de todos del respeto a la persona humana, en materia de intimidad concretamente, pasa a convertirse en un verdadero derecho subjetivo de la misma, con todas sus potencialidades «*facultativas*» susceptible de ser defendido por su titular mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial. Todo ello se instala en el ámbito de su libertad individual.

Nos parece muy acertada la redacción del artículo 1 de la Ley al hablar de «*intimidad personal y familiar*» porque con ello los alcances de la protección de este derecho llegan globalmente al núcleo de intimidad más reservado de la persona humana, en esferas tan cualificadas del ser persona como son el fondo de la personalidad o el reducto más íntimo de la vida familiar. Cabe indicar que, en la protección del derecho a la intimidad, no son cualidades o patrimonios de la persona lo que se protege, sino la raíz misma de la personalidad: la libertad⁵⁶.

Ya hemos de anticipar aquí que en la protección del derecho a la intimidad, como sucede con prácticamente todos los derechos personales, y en la determinación de sus ámbito y alcances prácticos, se plantea un conflicto permanente entre el bien privado del titular y o el interés-bien privado de otros titulares o el bien público y social: es inevitable por razones hasta de espacio vital.

54 Cf. L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 101.

55 Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

56 «*En el derecho a la intimidad, el bien jurídico protegido es esencialmente una libertad potenciada o superlativa que la persona reclama en el plano de lo íntimo*» (M. Bajo Fernández, «Protección del honor y de la intimidad», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid 1982, p. 125.

Un ejemplo muy típico del conflicto podría venir dado por el contraste entre el derecho de la persona popular y conocida a ser respetada en su deseo de no ser asaltada en plena calle por los flashes de los *paparazzi* de turno, deseo nada desdeñable, y el derecho del periodista a la libre información.

En la Ley se presentan como caracteres del derecho a la intimidad el ser «irrenunciables, inalienables e imprescriptibles», debiendo considerarse nula su renuncia salvados aquellos supuestos de «autorización o consentimiento» contenidos en el artículo 2 de la misma ⁵⁷.

Nos hallamos, por tanto, ante figuras que encarnan derechos subjetivos de carácter privado, derechos innatos de la persona humana, derechos personalísimos aunque puedan los mismos hipotética o potencialmente estar dotados de un contenido patrimonial, derechos por eso mismo inalienables y, como tales, irrenunciables e inexpropiables, derechos imprescriptibles e intrasmisibles *mortis causa* aunque la tutela de los mismos después de la muerte del titular pueda corresponder a los herederos o parientes del difunto ⁵⁸.

Los derechos subjetivos, por definición, otorgan a sus titulares poderes y facultades para algo.

Pues bien, en nuestro caso del derecho a la intimidad, el titular del mismo tiene facultad de «exclusión» frente a todos. Y esto quiere significar que este derecho es oponible no sólo frente al autor de su violación, sino que el contenido general de la «exclusión» limita cualesquiera intromisiones en la intimidad, recortándose con ello la libertad del ciudadano y de todos, lo que la propia Constitución deja claro al indicar en su artículo 20.4 que *«estas libertades tienen su límite en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el dercho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia»*.

Posteriormente, al referirnos a algunos de los caracteres del derecho a la intimidad y más especialmente a las limitaciones del mismo, volveremos sobre esta Ley de 1982.

57 Esta inserción del derecho general a la intimidad dentro de la esfera de los derechos de la personalidad que realmente se produce con esta Ley al superar la anterior vía del recurso al art. 1902 del Código civil en estos casos sigue muy claras orientaciones de la Jurisprudencia. Así el Tribunal Supremo, en una sentencia penal de 5 de marzo de 1974, anticipa los postulados de la Ley de 1982 al dar por sabido de todos que *«el derecho a la intimidad personal, es decir, el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre es, según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano reconocido y universalmente consagrado»*.

58 Cf. M. Gitrama González, «Imagen, derecho a la propia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix editor, Barcelona 1962, tomo XI, p. 338.

4. El derecho a la intimidad en el nuevo Código de Derecho canónico

El Concilio Vaticano II, en su documento más fundamental constitucionalmente hablando: la Constitución dogmática *«Lumen gentium»*, después de presentar a la Iglesia como *«sociedad jerárquica y cuerpo místico, comunidad visible y, al mismo tiempo, espiritual»*, que brota de un doble «elemento divino y humano», muestra a esta Iglesia de Cristo como el *«nuevo pueblo de Dios»*, en el que cada miembro *«participa de la dignidad y de la libertad de los hijos de Dios»*.

Estas dignidad y libertad de cada miembro de ese pueblo merecían una explicitación programática y, sobre todo, una protección garantizada de los derechos y libertades que tradujeran la letra de los principios constitucionales a la carne viva de unas reglas de juego capaces de impedir, a través de la eficacia natural de toda norma jurídica, la letra generalmente muerta de las grandes formulaciones programáticas.

Esto es lo que quiso hacer la Iglesia, al introducir *ex novo* en la codificación canónica un segundo Libro con lema general de *El pueblo de Dios* y con un primer título dedicado a formular *«los derechos y deberes de todos los fieles»*. Es decir, se fija en sus líneas maestras el «estatuto de los fieles» en la Iglesia con un reflejo casuista de los derechos subjetivos comunes a todos: derechos y deberes predicables de todos los fieles sin distinción y previos a cualquier estatuto ulterior de los mismos en cuanto laicos o clérigos.

En relación con la intimidad de las personas y en esa línea de defensa de la dignidad radical de la persona humana, es formulado el canon 220 que dice literalmente: *«a nadie le es lícito lesionar ilegítimamente la buena fama de que alguien goza ni lesionar el derecho de cada persona a proteger su propia intimidad»*⁵⁹.

Son valoradas actualmente por la Iglesia, en varios planos de su actividad, las aportaciones de la Psicología y de la Psiquiatría; pero caben abusos y por lo mismo se imponen limitaciones morales; y ello se debe considerar

⁵⁹ No es mucha la literatura que existe hasta el momento acerca del tratamiento canónico del derecho a la intimidad. Una muestra interesante de la misma se encuentra en la Tesina de Licenciatura en Derecho canónico, presentada en la Universidad Gregoriana de Roma por el P. Augusto Rojas Valdivia el 10 de febrero de 1993, que lleva como título *El derecho a la buena fama y a la propia intimidad en el can. 220 (Su importancia y oportunidad en el Derecho eclesial)*. Como parte más notable e importante de la misma se puede destacar su 3.ª parte que lleva como título el de *Aplicación del can. 20 a algunos temas de relevante importancia*. Se hacen referencias a temas como los de admisión de personas a la vida clerical o religiosa, pero no hemos encontrado en la misma referencias directas o indirectas a este tema de las investigaciones procesales de las personas en línea de precisión del estado psíquico de las mismas en orden a la celebración del matrimonio o a la validez o invalidez del mismo.

especialmente oportuno y atendible en los planos de unas posibles alteraciones de los derechos al honor, a la fama y sobre todo a la propia intimidad de la persona.

Un aspecto cualificado del problema se puede especialmente plantear en materia de exploraciones o indagaciones psicológicas en cuestiones de acceso a puestos o cargos y sobre todo en materia procesal-penal.

El problema se puede plantear en parte en relación con el canon 642 y en relación con la admisión a la vida religiosa.

Con anterioridad a esta formulación y como precedente inmediato de la misma, hemos de hacer alusión a la idea, de intensidad creciente en la Iglesia, de que toda convivencia humana deberá organizarse a partir de la persona humana, desde una aceptación profunda de su dignidad tanto natural como sobrenatural, lo que se manifiesta específicamente dentro de una vida colectiva a través de la posesión y el ejercicio de sus derechos y deberes fundamentales.

Esta idea la formula explícitamente el papa Juan XXIII en su Encíclica *«Pacem in terris»*, en la que se proclama que el fundamento de toda humana convivencia está radicado en el principio de que *«todo ser humano es persona: es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre»*, de la que nacen directamente y al mismo tiempo *«derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables»*.⁶⁰

PUES BIEN, en el nuevo Código de Derecho canónico y por primera vez en la historia de las regulaciones jurídicas de la Iglesia, aparece este despliegue tan significativo de la dignidad de la persona, cual es el derecho *«de cada persona a proteger su propia intimidad»*.

60 En esta Encíclica pontificia, publicada el 11 de abril de 1963, y dirigida a orientar al mundo entero, y no solamente a los cristianos, sobre la necesidad y los medios de implantar un recto orden en la Humanidad, sitúa en la misma base del orden social el principio de que todo ser humano es «persona». Lo dice con claridad: *«En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo ser humano es 'persona', ésto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío ('intelligentia et voluntatis libertate praeditam'), y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanán inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza»* (n. 9). Esta idea matriz de la Encíclica lleva directamente a formulaciones anteriores de los Papas León XIII, Pío XI y Pío XII (Encíclicas y Documentos de León XIII como las encíclicas *«Sapientiae christiana»* o *«Rerum novarum»*, o de Pío XI como las *«Mit Brennender Sorge»* o *«Divini Redemptoris»*; o, más aún si cabe, de Pío XII que, al asistir en su tiempo al desafortunado desarrollo de ideologías totalitarias y regímenes del mismo signo con resultado de absorción de la persona por el Estado, toma postura de defensa a ultranza de la persona humana ya desde la primera Encíclica de su largo Pontificado (la *«Summi Pontificatus»*) hasta el paradigmático radiomensaje de la Navidad de 1942 en el que se parte de la afirmación de la dignidad y de los derechos de la persona humana ofreciéndose ya un catálogo de los mismos, hasta llegarse a la conclusión de que la única forma de verdadero respecto a la dignidad humana ha de pasar por una efectiva realización y ejercicio de los derechos y deberes de la persona.

Este derecho a la intimidad, aunque venga formulado bajo el lema de «*los derechos y deberes de todos los fieles*», procede no tanto ni sólo del bautismo cuanto de la misma ley natural y es realmente uno de los derechos naturales humanos.

Los derechos naturales del hombre la Iglesia los dá por supuestos al ser su proclamación cometido sobre todo de la autoridad secular. Pero, a causa de la alta sensibilidad de la sociedad ante algunos derechos concretos y «*por la relevancia que algunos de ellos pueden llegar a tener en la vida del pueblo de Dios, o habitualmente o en alguna coyuntura histórica, conviene a veces que también el Derecho canónico los recuerde, como un medio más para lograr su recto ejercicio y efectiva tutela en el seno de la comunidad eclesial*»⁶¹.

En este canon 220, por tanto, del Código canónico se declara que el derecho a la protección de la propia intimidad es un derecho natural de todo ser humano, que todos deben respetar y tutelar.

En el proceso de redacción de este canon, la discusión estuvo orientada tanto hacia la conceptualización de la intimidad de la persona a la luz de esta norma como hacia el contenido y alcances de tal derecho.

En cuanto a lo primero, se entendió y nosotros entendemos que la expresión «*propria intimitas*» del canon 220 debe ser entendida en su sentido estricto de «*intimidad psicológica y moral del hombre*».

La intimidad de una persona «*la constituye todo aquello que le es propio y exclusivo y con cuyo ejercicio ella se autoafirma como sujeto autónomo e independiente*»⁶².

Se trataría de la «*interioridad incomunicable*» de cada persona⁶³, el centro de unidad de la misma incluyendo todos los estratos de la personalidad desde los fondos vitales y endotímicos hasta los superiores y más elevados de la racionalidad-voluntad-libertad; el fondo en que cada hombre se encuentra consigo mismo, trata de ser él mismo y responde ante Dios y su conciencia de la construcción de su propio destino. Ello habla de la necesaria inviolabilidad de ese fondo sagrado de la persona humana.

Por desgracia y a pesar de su «*íntima intimidad*», siempre, y ahora mucho más, por los adelantos de la técnica y de la ciencia, este derecho primario al respecto de la misma puede ser violado y es de hecho con frecuencia violado.

61 Cf. D. Cenalmor, «Comentario al can. 220», en VV. AA., *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona 1995, vol. II, p. 136.

62 Cf. L. Vela, *Algunas dimensiones del derecho del espíritu*, cit., pp. 110-111.

63 Cf. Const. «*Gaudium et spes*», del Concilio Vaticano II, n. 14.

Los modos de influencia, las formas de intromisión, las violaciones, los usos de la intimidad con fines hasta hipotéticamente tan perversos como el chantaje o la venganza o lo que sea... pueden ser tan variopintos como puedan serlo las casi infinitas posibilidades de manipulación de las personas desde las drogas con que se busca perturbar el equilibrio y el control de las mismas hasta los ataques de los *mass media* o las ingerencias psicoanalíticas en el subconsciente o el inconsciente con finalidades muchas veces ilegítimas.

En este ámbito de la intimidad se recluye todo lo perteneciente al campo estrictamente personal de la conciencia y del llamado «fuero interno», alcanzando también a la Iglesia el respeto de tal derecho en todo aquello que se quede fuera de lo que es público o notorio por pertenecer a las esferas puramente privadas de personas e instituciones⁶⁴.

El contenido de estos derechos, y concretamente del derecho al respeto de la propia intimidad, importa y exige bases de protección contra violaciones de la misma que pueden manifestarse en la correspondencia, en grabaciones, intervenciones o escuchas telefónicas, en obtenciones de pruebas ilícitas a partir de intromisiones indebidas en la intimidad del sujeto, en las violaciones del secreto en sus diversos tipos y grados, en las intromisiones de los informadores con preguntas sobre aspectos muy íntimos alegando derechos a la información del público o de los lectores, etc.

Hay que añadir que el ámbito de aplicación de este derecho no se reduce a la propia persona que tiene esa intimidad sino que, aunque en sentido menos estricto, es ampliable al grupo de personas especial y estrechamente enlazado con ella, por vinculaciones de sangre, de amistad, de profesión; con relaciones interpersonales nacidas de la libertad y hechas compartiendo afectos, secretos y confidencias a veces íntimas, que van creando históricamente un campo distinto de intimidad, pero verdadero también y auténtico: estos estados de comunión interpersonal deben ser así mismo protegidos frente a indebidas intromisiones e incluso frente a los fallos humanos o la mala fe incluso de las personas que internamente los componen.

Este derecho proclamado en el canon 220, al estar dentro del ordenamiento de la Iglesia, no sólo ha de contentarse con la protección de ese ámbito privado propio de todo hombre por ser persona, sino que ha de obtener una extensión propia y específica, referible del hombre-fiel y miembro de la propia Iglesia, en cuanto que también en este plano cabe una intimidad de

64 Cf. D. Cenalmor, cit., p. 141; J. Hervada, *Elementos de Derecho constitucional canónico*, Pamplona 1987, p. 148; V. Marcozzi, «Il Diritto alla propria intimità nel nuovo Codice», en *La Civiltà Cattolica*, 134, 1983, IV, p. 574.

la persona y que se puede configurar como «el específico derecho del fiel de vivir su relación con Cristo sin sufrir interferencias abusivas por parte de los demás bautizados e incluso de la misma autoridad eclesiástica»⁶⁵.

Este derecho tan específico, que nada tendría que ver con la predicación de los pastores de almas ni con el legítimo ejercicio de la autoridad según los casos, tiene que recibir y asumir en el seno de la comunidad cristiana unas concreciones también específicas de protección en forma de sanción de los posibles abusos e intromisiones indebidas en el fuero de las conciencias.

De hecho y dentro del ordenamiento canónico vigente, se pueden ver distintas normas que mantienen una conexión y afinidad con el prescripto del canon 220 y que en mayor o menor medida contribuyen a protegerlo e impedir sus violaciones en el terreno propio y más específico de la Iglesia⁶⁶.

IV. LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS FUENTES DE SU LIMITACIÓN

Ante este epígrafe, surge la pregunta: ¿los derechos humanos, los derechos fundamentales del hombre, los derechos de la persona son absolutos e ilimitados o pueden darse limitaciones en el ejercicio y uso de los mismos?

Y en caso de no ser ilimitados ¿dónde, en qué casos y situaciones, con qué márgenes deberán fijarse los límites?

Y en tercer lugar, ¿cómo y por quién han de ser ajustados esos límites?

Esta cuestión de los hipotéticos límites de los derechos humanos, a parte de servir para completar este trabajo, reviste la gran importancia de contribuir a fijar todavía con mayor exactitud el concepto y esencia de estos derechos al contraluz de la real condición humana en su doble perspectiva personal y social.

En ese canon 220 por el que la Iglesia proclama el derecho del hombre y del fiel a la protección de su propia intimidad aparece el adverbio «*ilegítimamente*»: es decir, a nadie le es lícito lesionar «*ilegítimamente*» este derecho a la protección de la intimidad. El sentido obvio de la expresión permite con toda lógica concluir, *a sensu contrario*, que pueden darse supuestos de

65 Cf. D. Cenalmor, *ob. cit.*, pp. 141-142; G. Feliciani, *Il popolo di Dio*, Bologna 1991, p. 46.

66 Cánones, por ejemplo, 96; 98; 128; 199, 1.º y 3.º; 204, 1; 208-210; 212, 3; 214; 218; 221; 223-224; 240; 483, 2; 630, 4-5; 642; 719, 3-4; 976; 979; 982-985; 991; 1048; 1080; 1082; 1130-1133; 1341-1342; 1352, 2; 1361, 3; 1388; 1390; 1455; 1457; 1546, 1; 1548, 2; 1550, 2-2.º; 1564; 1598, 1; 1703, 1; 1717 o 1719.

«materiales» violaciones del derecho que puedan y deban incluso considerarse legítimas. Con ello, se hace un implícito pronunciamiento a favor de la relatividad de los derechos, incluso de los derechos fundamentales.

Concurriendo, según ello, razones legítimas, el acceso a la intimidad de las personas no entrañaría violación del derecho porque en esa circunstancia y ante esas razones el derecho como tal no sería operativo y desaparecerían en relación con el mismo tanto las facultades del titular como las obligaciones de los demás a respetarlo.

Podríamos, ya con ésto solo, dar por zanjada esta cuestión; pero nos parece mejor tratar de justificar, en sí y comparativamente, este criterio del ordenamiento canónico.

El iusnaturalismo clásico ha solido atribuir a los derechos fundamentales del hombre los caracteres de inviolables, inalienables e imprescriptibles. Estos tres caracteres cuadran perfectamente con la lógica al ser consecuencia de la inviolable naturaleza humana y de la dignidad y el fin del hombre⁶⁷ y los mismos han de predicarse cuando los derechos son operativos como tales.

La pregunta sobre la ilimitación o no de los derechos humanos habrá de plantearse en función de algo previo a ella: si el hombre, ese titular de los derechos, es un ser absoluto e ilimitado. Al fin y al cabo, esos derechos tienen su raíz en la misma naturaleza del hombre y deben, por lógica, adaptarse a sus medidas.

Pero ya una primera idea sobre el hombre sirve para ir clarificando las cosas: y esa idea está en que el hombre, además de naturaleza, tiene historia y es, incluso, historia; o, lo que es lo mismo, esa naturaleza de cada hombre está «situada» en unos concretos y precisos escenarios históricos que la condicionan y amoldan a unas realidades muy concretas y específicas; y logran que esa naturaleza de «animal-racional» en abstracto se amolde a cada naturaleza humana de carne y hueso.

Y este perfil histórico del ser humano es tan natural como lo es su naturaleza por lo del «zoon politikon» aristotélico: la sociabilidad esencial de lo humano con proyecciones múltiples «ad alium», a otros seres humanos tan seres humanos como uno mismo y con idénticos derechos naturales que, al tratar de ejercitarse, por necesidad y por justicia se tienen que recortar y disputar unos a otros el espacio libre, en el que todos ellos y por igual tienen derecho a moverse⁶⁸.

67 Cf. J. Prisco, *Filosofía del Derecho fundada en la ética*, 2.^a ed., Ttrad. de J. R. Espinosa, Madrid 1886, nn. 183-187, pp. 220 ss..

68 *«Mi vida es para mí la realidad radical... Por ser realidad radical y por ser mía, en el sentido más fuerte y primario de este vocablo, mi vida es rigurosamente intransferible. Cada cual tiene*

En nuestra doctrina y jurisprudencia patrias y en sus leyes antiguas y modernas ha sido y sigue siendo idea corriente que los derechos naturales no son ni absolutos ni ilimitados sino correlativamente «limitables» unos por otros⁶⁹. Las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales o de libertades públicas son de suyo «actos graves», para cuya justificación se *«necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de los hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos»*⁷⁰.

Y esto mismo es punto de vista compartido por la más actual doctrina iusnaturalista del mundo, al evidenciarse que la existencia de la comunidad pone y exige recortes y límites a los derechos fundamentales⁷¹.

que hacerse y vivirse su propia vida y nadie puede sustituirle en la faena del vivir. Pensar, sentir y querer son que tengo que ejecutar yo solo; de otro modo ni serían míos ni auténticos. De lo cual resulta que «la vida humana «sensu stricto» es esencialmente soledad, radical soledad» (Ortega y Gasset, *El hombre y la gente*, 69, Madrid 1957). *Esto quiere decir que sea yo la única cosa que existe? En modo alguno. Tan poco egoísta, tan nada solipsista es mi vida, que ella constituye «por esencia el área o escenario ofrecido y abierto para que toda otra realidad en ella se manifieste»* (Ortega y Gasset, *El hombre y la gente*, 63). *La soledad radical de mi vida no consiste en que no haya realmente más que yo. Hay para mí infinitas cosas, el universo entero; pero en el fondo mismo de mi vida personal —allí donde mi vida es de veras radical— yo estoy solo con ellas. Con las cosas, pero solo; solo, pero con las cosas, aunque estas sean las realidades que llamo «tú» y «él»: «desde este fondo de soledad radical que, es sin remedio, nuestra vida, emergemos en un ansia, no menos radical, de compañía»* (Ortega y Gasset, *El hombre y la gente*, 73). *Soledad radical, radical y exigente abertura a cuanto no soy yo, y más cuando ese no-yo son los otros seres humanos: ésto es mi vida»* (Laín Entralgo, «Teoría y realidad del Otro», en *Selecta de Revista de Occidente*, Madrid 1968, vol. I, pp. 283-284).

69 Cf. al respecto y por ejemplo Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho Político*, Madrid 1890, pp. 177 y ss.; Luño Peña, *Derecho natural*, Barcelona 1947, p. 343; Corts Grau, *Curso de Derecho natural*, Madrid 1953, p. 241; Izaga, *Elementos de Derecho Político*, Barcelona 1952, t. II, p. 244; A. Fernández Galiano, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, Madrid 1974, pp. 140 y ss.; L. Recasens Sitges, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México 1970, pp. 596 y ss.; G. Peces Barba, *Derechos fundamentales*, Madrid 1980, pp. 110-111). En todas las formulaciones patrias referibles a los derechos humanos, desde la Novísima Recopilación hasta la Constitución de 1978 se consignan posibilidades de limitación de los derechos. Que los derechos en general y el derecho a la intimidad más en concreto no son ilimitados y no se deben entender vulnerados cuando se les imponen o se les aplican determinadas limitaciones previstas y determinadas por la ley *«como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula»* es admitido por el Tribunal Constitucional en sentencias 26/1981 de 17 de julio y 71/1994 de 17 de enero (ésta sobre investigación de la paternidad).

70 Cf. sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981 de 17 de julio, Ponente Díaz Picazo.

71 *«La necesidad de realizar los derechos fundamentales en el Derecho positivo no significa que esa realización tenga que ser absoluta... La existencia de la comunidad estatal pone, con sus necesidades, límites a los derechos fundamentales. Por eso, el Derecho positivo tiene que limitar necesariamente los derechos fundamentales. El Derecho natural no puede trasponerse, sin modificaciones, a la realidad»* (Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. de J. de Mauri, Barcelona 1961, pp. 188 y ss.).

Y no es sólo el que dentro del concierto comunitario los derechos conflictúen entre sí y deban recortarse para poder cohabitar juntos. Es más: en el ejercicio mismo de los derechos fundamentales caben el abuso, la incorrección y el exceso. Y pueden esas desmesuras plantearse, admitirse y valorarse como «usos incorrectos», «usos abusivos» o «usos demagógicos» de estos derechos fundamentales con posibilidad de entrada en escena y aplicación de la teoría del «abuso de derecho» con todas las consecuencias antijurídicas del mismo.

Y esta misma realidad y necesidad incluso de las limitaciones de los derechos fundamentales se descubre y es una constante en la esfera constitucional, en las clásicas Declaraciones de los Derechos Humanos y en las codificaciones, desde la francesa de 1879, el Código de Napoleón y las demás Constituciones del mundo: de todas ellas ha sido borrada la idea o el criterio del carácter absoluto e ilimitado de estos derechos.

Y las limitaciones derivan no sólo de las «exigencias de la coexistencia recíproca» entre los derechos sino también de la necesidad estatal de control público en aras de proteger, en interés de los mismos individuos titulares de los derechos, el bien común.

Esas limitaciones menos aún se pueden poner en duda en aquellas concepciones de los derechos humanos que niegan la existencia misma del derecho natural y de derechos anteriores al Estado, como ocurre con las concepciones marxistas y colectivistas del hombre

Como señala Castán Tobeñas⁷², *«no parece adecuado el excluir a determinados grupos de derechos humanos de la nota general de relatividad y limitabilidad propia de los mismos»*. Y no cabría siquiera tal exclusión en referencia a los «derechos de la personalidad», salvo ese «prius» natural y lógico ante cualquier conceptualización o formulación de los mismos que es la propia condición del hombre como persona. Como termina diciendo el mismo Castán, *«salvada la jerarquía que, como derecho primario y esencial, corresponde al que atañe a la persona misma, en concepto de derecho natural por excelencia, los derechos individuales y, en su noción más general, los derechos humanos, por muy importantes que sean, son susceptibles de adecuadas, aunque no arbitrarias, limitaciones»*.

Hay que anotar así mismo que, a pesar de las notas o caracteres de inviolabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos derechos humanos, es posible la renuncia de su titular a los mismos en atención a fines morales prevalentes o para cumplir un deber de conciencia⁷³.

72 J. Castán Tobeñas, *Los Derechos del Hombre*, 4.^a ed., 1992, actualizada por M. L. Marín Castán, pp. 23-24.

73 Cf. Prisco, *Filosofía del Derecho fundada en la ética*, cit., p. 220 y ss.

Centrándonos un poco más en la cuestión —y es...— deducible de lo anterior, de dos raíces especialmente habrán de derivar las limitaciones de los derechos humanos al ejercerse por sus titulares.

Una primera raíz de base ontológica: dos derechos igualmente legítimos en conflicto sólo pueden compatibilizarse dialógicamente; es decir, cediendo espacio ambos para ganar espacio efectivamente cada uno de ellos.

Y una segunda raíz de base sociológico-jurídica: «el orden natural no puede trasponerse, sin modificaciones, a la realidad», decíamos antes con Helmut Coing. La necesaria existencia en la comunidad de una autoridad —generalmente estatal— que reglamente, ordene y distribuya justamente los derechos y las cargas en función de las necesidades de las personas una por una y de todas ellas por el logro del bien común conduce a tener que disponer soluciones positivas a los conflictos de derechos, las cuales, si han de ser verdaderas soluciones, habrán de entrañar limitaciones.

Si nos situamos ante las fuentes ontológicas de las limitaciones de los derechos humanos, es menester ante situaciones de conflicto fijar una jerarquización de los mismos en función de su valor o interés humano radical.

Las múltiples clasificaciones de los derechos humanos (civiles, políticos y sociales; privados y públicos; individuales, colectivos o mixtos; biológico-existenciales y espirituales; económicos, laborales o culturales; de primera, segunda y tercera generación, etc.) hablan a simple vista de una plataforma de derecho primario que se halla en el reconocimiento y protección de la persona humana y un superpuesto haz de derechos, tanto más entitativa y estimativamente importantes cuanto más de cerca sirvan para ser efectivamente persona a ese ser primario de persona.

En este sentido se da mucha importancia, sobre lo demás, a los derechos espirituales y morales, en cuanto los mismos sirven para que la persona se encuentre consigo misma y pueda realizarse como tal dentro de un orden socio-jurídico determinado.

Dentro de esta proyección, es indudable que, ante la amenaza tangible ahora como nunca de las posibilidades técnicas y científicas de manipular invadiendo los sectores más profundos de la existencia, se agudiza progresivamente la sentida necesidad y urgencia de proteger este núcleo entrañable de cada existencia ⁷⁴.

⁷⁴ *«A medida que se acentúa el proceso de socialización en las relaciones interhumanas y la técnica invade los sectores más recoletos de la existencia —no sólo en la vida colectiva sino también en la individual— se agudiza más la urgencia de defender el núcleo entrañable, la zona más íntima de la persona en sí misma y en su diálogo con ésta o la otra persona de su entorno inmediato»* (J. Ruiz Jiménez, «El derecho a la intimidad», en *Diario YA*, de fecha 14 de enero de 1969).

En este plano de la intimidad de la persona se incluye todo aquello que diga relación de alguna manera con lo que la persona es en sí y con lo que la persona necesita para ser lo que debe ser como persona. Y en esta realidad entran cosas tan distintas pero tan complementarias como la libertad de conciencia o la libertad para la elección del estado de vida o el derecho a la protección en todas las cuestiones y litigios referentes a esas cuestiones. En este sentido tan pertinentes a la intimidad pueden ser la defensa frente a intromisiones ilegítimas en el campo del honor o de la intimidad de un paciente como el derecho a la defensa judicial cuanto estén en juego valores de alguna manera conexos con el derecho a la libertad en la elección del estado de vida, que es también intimidad de la persona.

Existe y es doctrinal y jurídicamente reconocida, al lado de la intimidad estricta del «yo», la intimidad no menos estricta del «nosotros» enmaridados: la llamada «intimidad familiar».

Esta «intimidad familiar» fue expuesta por sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988⁷⁵ como referida a *«determinados aspectos de la vida con otras personas, con las que se guarda una peculiar y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo»*.

Estas palabras de la sentencia en cuestión sitúan ante un campo difícil en cuanto a valoraciones y precisiones y así lo hacen constar los comentaristas; aunque se deberían incluir muchos matices y distinguir casos y situaciones de verdaderas intromisiones en la intimidad del individuo por parte de personas que «comparten» intimidad con él y otros casos y situaciones en las que quien comparte intimidad tiene derecho legítimo, tan fuerte como el del otro a su intimidad, a defender su derecho a ser persona dentro del estado de vida matrimonial, para lo cual se hace imprescindible contar con medios de prueba conexos con la intimidad del «otro» cuando los mismos sean lícitos en aras del contraste y la ponderación de los dos derechos⁷⁶.

Prácticamente y ante las dificultades de poder definir y limitar los contornos de los derechos humanos, la tarea de hacerlo ha de quedar a lo que dispongan las normas positivas y, más concretamente, a las interpretaciones y concreciones jurisprudenciales.

75 Cf. Sentencia del T. Constitucional 231/88 de 2 de diciembre.

76 Sobre este punto realmente complicado y difuso de la conexión entre la intimidad del «yo» y esa misma intimidad del «yo» pero «compartida» con otro, en familia o incluso fuera de la familia, pueden ser interesantes las observaciones de A. L. Cabecero Arenas, en su obra *Derecho a la intimidad* (Valencia 1998, pp. 200-204), que suscitan una enorme casuística a tono con la gran volatilidad existencial de la materia.

En relación con los derechos de alguna manera incursos en la intimidad de la persona, el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de noviembre de 1986 (fundamento jurídico n. 7), fija este criterio: *«le 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, prudentialmente, delimite el ámbito de protección»*.

Cada persona y cada caso: cada persona con su realidad y con sus circunstancias; y cada caso con las razones justas, deducibles del valor concreto de los intereses en conflicto, para colocar en su sitio, lo más exacto posible, los derechos humanos de las personas afectadas en ese caso.

Por el momento los apuntes de solución parecen suficientes.

V. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LA PERSONALIDAD

Dice Sentis Melendo, a propósito del Derecho probatorio y de la prueba procesal, que el proceso es por encima de todo prueba y que la prueba es libertad⁷⁷.

Sin quitar un ápice de valor a estos dichos, aunque dejando de lado simplificaciones peligrosas, lo cierto es que una de las fases más trascendentes del proceso se encuentra en la prueba; que el arte de probar en el proceso ha de amoldarse a los contornos de los objetos litigiosos⁷⁸ y a la fisonomía material o espiritual de los mismos; que hay cuestiones esquivas a la percepción y preparación de los jueces, para cuya resolución necesitan los mismos del trabajo e informaciones especializadas sobre las que ellos no están capacitados para pronunciarse sin ayuda técnica; y que puede haber casos en los que únicamente a través de los resultados de la prueba pericial será posible acceder a certeza suficiente para dictar una sentencia justa.

Entre esos casos de tan peculiar especialización, se cuentan todos aquellos en que deba, por imperativo legal o disposición del juez, tener cabida dentro del proceso el llamado peritaje psiquiátrico o psicológico.

⁷⁷ S. Sentis Melendo, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Buenos Aires 1978, pp. 9 y ss.

⁷⁸ Cada medio de prueba tiene su propia y peculiar proyección y la medida de la necesaria calidad de las pruebas estará en la medida que exija el mérito de la causa: no será lo mismo demostrar algo por medio, por ejemplo, de la exhibición de un documento público que demostrar la verdad de los actos internos de la voluntad o el estado psíquico de un contrayente al celebrarse el matrimonio hace veinte años.

Si en todo tipo de pericias la tarea es delicada y en ocasiones difícil por las implicaciones técnicas del caso y sobre todo por la necesidad de especial precisión con empleo de lenguaje asequible a las partes y al juez, ello se acentúa si cabe cuando de lo que se trata es de informar sobre cuestiones tan difíciles de conocer y de matizar, sobre todo, en la práctica de cada caso concreto como son las relativas a la precisa condición espiritual o psíquica de un contrayente en un momento pasado de su vida.

En estas pericias psicológico-psiquiátricas, la finalidad se cumple cuando en el dictamen del perito sustancialmente se describen unas determinadas patologías o estados psíquicos y de ellas, a tenor de criterios científicos, siempre que sean no controvertidos y hayan llegado a ser científicamente definitivos, se infieren unas determinadas consecuencias, que son puestas a disposición del juzgador, para que él las integre o no, total o parcialmente, en el acervo de sus elementos de juicio, con la particularidad de que la prueba pericial, de suyo, nunca será vinculante para el tribunal ⁷⁹.

En aras ya de claridad inicial en esta materia y adelantando ideas posteriormente aprovechables, es necesario señalar que el médico o psiquiatra llamado por un Tribunal deberá tener presente que un informe pericial judicial es esencialmente diferente de un informe clínico y que un informe clínico será también distinto si se busca espontáneamente por el interesado enfermo con finalidades terapéuticas que si es impuesto por un tribunal con finalidades de protección de intereses en conflicto. Y ello no sólo importa tanto por razones externas de presentación formal del dictamen como, sobre todo, por razones más sustantivas y de fondo porque, mientras en casos de terapia, la presunción se coloca del lado de la veracidad y sinceridad del periciado, en los de forzada comparecencia ante el perito no es descartable la falta de sinceridad, el acomodo de las revelaciones a los intereses de la persona en el litigio e, incluso, el intento por su parte de camuflar la realidad en aras de defensa de sus intereses ⁸⁰ o de falsearla incluso.

79 Cf. Sentencias del Tribunal Supremo español, de fechas 14 de diciembre de 1994 y de 27 de octubre de 1995. El juez es realmente, a pesar de ese punto de partida de su inadecuación ante las cuestiones técnicas, el «perito de los peritos»: tiene que valorar las pericias y dar razón de lo que dispone lo mismo cuando las admite que cuando las rechaza. El criterio general es que las autoridades en general, y los tribunales y jueces en particular, deben dar, por elementales razones de lógica, siempre y en todo las razones de lo que hacen o por las que actúan.

80 Cf. J. Mejica-A. Fernández Miguel, *Régimen jurídico de la asistencia psiquiátrica*, Madrid, 1999, p. 137 y ss. En esta obra se dan reglas de buena presentación material de las pericias en materias médicas y psiquiátricas: los informes de los peritos al tribunal han de ser «claramente comprensibles, precisas, lógicas y, por supuesto, imparciales (el perito no es —no debe ser— perito de parte, sino «amicus Curiae»; y finalmente hechos con criterios médico-forenses y no clínicos. En esto también radican las diferencias en cuanto a la distinta valoración procesal de las pericias públicas y las privadas.

Un dato de gran interés en materia de investigaciones judiciales de la personalidad, capaz sin duda de evitar enojos y problemas con las personas periciadas, a parte de la obligación al secreto por parte del perito y de los miembros del tribunal, radicará en el doble comedimiento del Tribunal, al proponer los puntos del objeto de la pericia, y del propio perito, que deberá realizar el dictamen con dos limitaciones específicas: la de no salirse de su terreno técnico y la de, aún caminando por su terreno, no ir ni en la investigación ni en la exposición de lo explorado, ni un milímetro más allá de lo que sea necesario para el mérito estricto de la causa.

En materia psiquiátrica, es elogiable la cautela del perito al no hacer pronunciamientos atrevidos o arriesgados cuando persisten las dudas. Se dice que es ésta una especialidad en que la «incomprensibilidad» es más intensa y acusada que en otras: contribuyen a ésto cosas como la indefinición de los síntomas, la interrelación de los mismos en diferentes trastornos, las dependencias y hasta esclavitudes de Escuela y también las ideologías contaminando purezas metodológicas y hasta criterios diagnósticos.

Siendo como es por fuerza y por lógica, en casi todas las materias en liza, muy delicado el penetrar en la intimidad de otros, aunque ello sea por mandato judicial o por exigencias del caso, se ha hecho sùmamente conveniente reglamentar jurídicamente las situaciones, con objeto de intentar un equilibrio de intereses públicos y privados y de evitar que se hagan invocaciones o infundadas o irracionales o espúreas de derechos fundamentales o en situaciones de conflicto con otros derechos poco más o menos atendibles que los invocados o, lo que sería peor, con voluntad de obstruir la recta administración de la justicia.

En España, el 5 de mayo de 1982 se promulgó la Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se trata de una norma que pretende poner orden y concierto en un campo de derechos en ocasiones muy difusos y casi siempre muy difíciles de precisar cualitativa o cuantitativamente.

En su artículo 1 se precisan el significado y alcances del derecho protegido; y en términos genéricos se decide su protección civil *frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley orgánica*.

En el artículo 2, se añade que esa protección *«quedará delimitada por las leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que por sus propios actos mentenga cada persona reservado para sí misma o su familia»*: se configuran, como se aprecia, tres planos de delimitación o de los ámbitos de protección: los marcados por las leyes, por los usos sociales y por los propios actos y conducta de la persona.

En el apartado segundo de ese mismo artículo de la Ley, se dispone que *«no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido, cuando estuviere expresamente autorizado por la ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso»*. En relación con esto, hay que decir que este concepto de «intromisión ilegítima» viene expresamente detallado en el artículo 7 y, en relación con la expresión «expresamente autorizado por la ley», en el artículo 8 se precisan aquellas intromisiones que se deben considerar autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley o en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante⁸¹.

El punto del consentimiento del titular del derecho es coherente con el conocido axioma de que *«volenti non fit iniuria»*.

Sabemos que, además de las limitaciones voluntarias y en las que interviene el consentimiento del titular, hay otro tipo de limitaciones que no dependen de la autonomía de la voluntad del individuo titular del derecho, sino que son consecuencia de imperativos o bien legales (las intromisiones aludidas en el art. 7 de la Ley) o bien de interés común y público (a las que se refiere el mismo art. 8 en sus apartados 1-2).

Hay por supuesto casos y situaciones en las que, tratando de buscar y encontrar el punto de equilibrio dentro de las condiciones que exige la vida en sociedad, el interés legal o público ha de primar sobre otros intereses por importantes que sean y, en tales casos, ese interés general encierra verdadera legitimidad cuando se sobrepone al interés privado. En todo caso, esa legitimidad habrá de venir siempre apoyada en racionalidad, es decir y como señala Gitrama⁸², en aquellas situaciones o coyunturas que presenten aspectos dudosos, tomando las debidas cautelas para evitar «toda intervención excesiva», sin incurrir en exageraciones y sin vender la propia intimidad a la curiosidad pública sino en razón a verdaderas necesidades de justicia.

En el apartado primero de este artículo 8 de la Ley se establece que *«no se reputarán 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»*.

Esta expresión *«actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley»* del artículo 8 nada añade en sustancia al artículo 2: pero la evidente generalidad y amplitud de los textos permite

81 Ver J. Royo Jara, *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid 1987, p. 95.

82 M. Gitrama González, *Imagen, derecho a la propia*, cit., p. 350.

considerar que las actuaciones en este sentido de la administración de justicia queden comprendidas dentro del espíritu de la norma⁸³.

Las posiciones interpretativas de la Doctrina en relación con esta cláusula de la Ley, sin dejar de reconocer lo fundado en ocasiones de dichas limitaciones al derecho de la intimidad al tratarse generalmente de supuestos «*de interés al conocimiento judicial de la verdad*»⁸⁴, no dejan de reconocer que la «legitimidad» de la intromisión, a parte de venir amparada por el «derecho»: «normas jurídicas informadas por los principios», habrá de existir en los casos una «reserva de ley» a favor de la intervención⁸⁵. A nadie se le oculta por tanto el sentido eminentemente restrictivo de estas intromisiones aunque sean legítimas y quizá precisamente porque son legítimas.

En principio, por ello, habrá de afirmarse que las limitaciones de estos derechos derivadas de actuaciones de la autoridad competente y aún dentro de la evidente amplitud otorgada por la Ley de 1982 han de venir al máximo «objetivadas».

Por otra parte, es menester anotar que los supuestos de limitación de los derechos, y en concreto del derecho a la intimidad, por lógica, no han de reducirse a las necesidades y exigencias de búsqueda de la verdad por parte de las autoridades judiciales sino que eso mismo cabe aplicarse a las autoridades en general con otro tipo de objetivos como la publicación de fotografías de personas desaparecidas en casos de ausencia, difusión de retratos de delincuentes con fines de pesquisa u otras situaciones judiciales o administrativas⁸⁶.

En todo caso, ha de insistirse, con la mejor Doctrina, en que las limitaciones habrán de ser siempre las imprescindibles y las relacionadas sustancialmente con la exigencia justificante, ni menos pero tampoco más; y aún con tales limitaciones el derecho a la intimidad persiste y es oponible a verdaderas arbitrariedades derivadas por ejemplo de pretendidas exigencias de periodismo barato o de oportunismo político⁸⁷.

83 Al tramitarse esta Ley Orgánica, el Grupo socialista del Congreso presentó una enmienda «in voce» a la misma, solicitando se añadiera al texto legal la expresión «*en investigación de los delitos o en interés de la Administración de Justicia o de la Hacienda Pública*» que no fué incorporada al texto pero que «está obviamente comprendido en esa fórmula general de actuaciones acordadas por la autoridad de acuerdo con la ley» (cf. J. Royo Jara, *La protección del derecho a la propia imagen*, cit., p. 159).

84 Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Dolta, Milano 1982, p. 332.

85 Cf. J. Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid 1984, p. 133.

86 Cf. M. Gitrama González, *Imagen, derecho a la propia*, cit., p. 354.

87 En este sentido se orienta la Doctrina en general: una cosa es la limitación necesaria de los derechos y de las libertades y otra muy distinta el exceso en las limitaciones: cf. por ejemplo el citado Gitrama, *ob. cit.*, p. 354.

A la luz de estas anotaciones sobre el sentido y los alcances de la Ley Orgánica de 1982, ya podemos ofrecer algunos criterios en relación con *la investigación judicial de la personalidad*, especialmente en campos tales como el de la integridad física (intimidad corporal-incolumidad personal) y la salud. Los dos campos se inscriben dentro de la expresión más genérica de «intimidad personal». Y ambas cosas vienen garantizadas por la Constitución⁸⁸

En general se sostiene que se trata de dos campos que pueden considerarse aspectos formales de una misma realidad: que estaría y vendría compuesta globalmente por la llamada «incolumidad personal», a la que se acogen una gran pluralidad de facultades de la persona, tanto en su perfil corporeo como psíquico y espiritual (v. gr., el derecho a la integridad física, a la protección de la salud física y mental, al bienestar corporal y psíquico, a la propia apariencia personal, etc.).

Aunque el campo de la «integridad corporal» se abre a multitud de parcelas más o menos relacionadas o relacionables con la «intimidad corporal» (v. gr., las inspecciones y registros corporales, intervenciones corporales análisis del ADN, pruebas de alcoholemia, etc.)⁸⁹, nuestra insistencia ha de ir por la vía de la salud, de la protección del derecho a la salud sobre todo psíquica, por el papel que la misma puede representar de cara a la protección de la persona y de su dignidad. De hecho, los datos referibles a la salud se encuadran dentro del ámbito protegido de la intimidad de la persona, como reconoce el Tribunal Constitucional⁹⁰.

Un aspecto muy peculiar del derecho a la intimidad viene constituido por la relación médico-enfermo, psicólogo-psiquiatra-paciente y en general por todo tipo de relaciones en que se vea de alguna manera implicada la salud corporal o psíquica.

Y aún en estos casos habría que anticipar una importante distinción: la relación facultativo-enfermo por razones terapéuticas y la relación establecida con otras finalidades, especialmente las judiciales.

88 A esto hacen referencia las dos principales sentencias que sobre esta materia del derecho a la intimidad ha dictado el Tribunal Constitucional: la 37/1989 de 15 de febrero (sobre exploración ginecológica) y la 207/1996. En la primera se anota que de la intimidad personal *«forma parte la intimidad corporal, de principio inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en cuanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad»*; y en la segunda se alude al derecho de la persona a la «incolumidad corporal», entendida como *«derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento»*.

89 Se puede consultar al respecto la obra de Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, cit., cap. 10: «Intimidad e integridad corporal», pp. 111-138.

90 Cf. por ejemplo sentencias 231/1988 de 2 de diciembre y 20/1992 de 14 de febrero; igualmente esto viene reconocido en la legislación complementaria de desarrollo del texto constitucional: como el art. 197.5 del Código Penal.

Se trata indudablemente de situaciones muy dispares tanto sustantiva como teleológicamente. En el primer caso, el terapéutico, se desvela casi siempre voluntariamente la intimidad o parte de ella a los solos efectos de la terapia: con ello, las disposiciones del enfermo son positivas ante el deseo de su curación y se da una renuncia a la intimidad condicionada a la obtención de unos fines provechosos para él. En el segundo caso, las finalidades no son las mismas y generalmente las actitudes tampoco lo son; de tal forma que, si en los casos terapéuticos ha de presumirse una actitud de cooperación, en los otros ya no es en todos los casos presumible eso mismo. Lo cual ha de contar mucho al deducirse consecuencias, en punto sobre todo a credibilidad, o a las renunciadas a la intimidad en unos y en otros casos.

En este preciso terreno han de merecer una especial atención los *reconocimientos ordenados por las autoridades judiciales* en el curso de un procedimiento penal o no penal, pero que interese al bien público especialmente en casos de verdaderas implicaciones de bien público.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 1989 deja sentado un importante cuerpo de doctrina sobre este punto concreto de la intimidad de la persona y la intromisión en la misma por disposición judicial⁹¹. Únicamente nos permitimos deducir de ella estas solas consideraciones: la protección de la intimidad por el artículo 18.1 de la Constitución está protegida frente a indagaciones o pesquisas pero con estos matices: *«el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas situaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona»*. Esto que se dice en la sentencia en relación con la exploración ginecológica de una mujer en supuesto de investigación de un presunto delito de aborto legal ha de entenderse por analogía extensible y aplicable a supuestos similares de otras exploraciones dispuestas judicialmente de la salud física o psíquica de una persona⁹². En todo caso, y dada la objetividad externa del objeto de las pesquisas judiciales y la efectiva salida ya del mismo del ámbi-

91 Un interesante resumen del contenido de esta sentencia 37/1989 puede verse en Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, cit., pp. 149-152.

92 Como señala el Código civil en el art. 4.1, *«procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»*.

to más estricto de la intimidad (lo inquirido judicialmente en el caso que era lo que pudiera interesar a la instrucción sobre la realización de presuntas actividades delictivas en la clínica), lo necesario para justificar y hacer legítimas en tales casos las intromisiones en ámbitos de intimidad se constituye por la motivación justificativa suficiente y proporcionada al sacrificio ordenado, por la relación directa de las actuaciones con la finalidad judicial perseguida, por las cautelas en la realización de las exploraciones (imposiciones de secreto), por la evitación innecesaria de la divulgación de los resultados y también de medios que pudieran considerarse degradantes para la persona.

Estas anotaciones nos permiten ya enfocar otros casos de otras personas como abogados, notarios, sacerdotes, periodistas, etc., que no se encuentran obligados *«ni a denunciar ni a declarar contra quienes les hayan hecho objeto de sus confidencias»* como señala Herrero Tejedor⁹³, apuntando además la razón: porque pueden estar en juego otros derechos también fundamentales a lo que se busca proteger, como «el derecho de defensa, la libertad religiosa o la libertad de información».

En cualquier caso, la fuerza y sobre todo el compromiso moral ante el secreto profesional puede en casos concretos erigirse también en elemento de apoyo de la legitimidad de intromisiones en la intimidad de las personas por razones judiciales.

Estas ideas, deducibles de los posicionamientos patrios en esta materia, nos parecen suficientes para las finalidades que nos proponemos en este trabajo y pueden servir para aclararnos ante la cuestión central del mismo: la realización y las condiciones de realización de una prueba pericial psicológica o psiquiátrica o médica en general sobre un litigante o ausente del proceso o renuente a la exploración personal y directa por el perito.

VI. DERECHOS E INTERESES EN CONFLICTO EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

El matrimonio está formado por una diada de personas, que por principio están llamadas a coordinar sus voluntades dentro de una misma alianza por la que *«el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole»* (can. 1055, 1).

93 Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, cit., p. 156.

En principio, por lo dicho y en teoría, el matrimonio debiera ser una relación de armonía interpersonal de dos seres que, movidos de amor, quieren libremente compartir juntos sus vidas; pero sabido es también, como dice Chesterton ⁹⁴, que *«la sociabilidad, como todas las cosas buenas, está llena de incomodidades, peligros y renunciaciones»*.

Y la diaria experiencia enseña que muchos matrimonios fracasan: unos porque se ha querido o buscado incluso el fracaso; otros porque hay personas a las que vienen anchos el matrimonio y la vida conyugal; y algunos también porque no se dan las condiciones naturales mínimas para el éxito de la unión.

Todo ésto sirve para entender que si bien, en el fondo de los matrimonios, debe anidar el amor conyugal con proyección natural de persistencia ⁹⁵ y de constancia, ello no siempre se da en la realidad y los problemas conyugales surgen incesantemente y las posiciones de los cónyuges dentro y fuera del matrimonio se convierten en posiciones en contienda y en conflicto.

Cabe, por ello, admitir en los matrimonios situaciones existenciales de conflicto de intereses y cabe también hablar de situaciones institucionales de contraposición aunque puedan no ser de conflicto en los casos en que la convicción de la nulidad de su matrimonio en uno de los esposos (y con ello el derecho natural a seguir la vocación propia en la claridad de una sentencia justa de nulidad) tope con una convicción contraria del otro que estima su matrimonio válido y defiende o trata de defender ese criterio.

Al no ser posible ya el tomarse la justicia por la mano de cada uno y al haberse pasado a manos públicas la solución de los conflictos, lo natural sería que todo ello se sustentara dentro de una exquisita lealtad para con la verdad y con la justicia tal como la verdad y la justicia se perfilan dentro de las propias conciencias.

Pero también puede suceder que las cosas y las actitudes sean menos leales de lo que debieran ser; y que, frente a la lealtad de uno hacia sí mismo

94 G. K. Chesterton, *El amor o la fuerza del sino*, Rialp, Madrid 1995, p. 60.

95 Así lo enseña la Iglesia al unir la naturaleza del amor conyugal con la naturaleza del matrimonio indisoluble y eso mismo se deduce de pensadores sobre el amor que admiten tipos de amor en los que *«un ser queda adscrito de una vez para siempre y de todo a otro ser: especie de metafísico injerto»* (Ortega y Gasset, *Estudios sobre el amor*, Aguilar, Madrid 1950, p. 50); o que dicen que *«del género amor es una especie el amor heterosexual o amor entre varón y mujer en cuanto tales»* y se contrasta entre *«la vinculación afectiva suscitada por el encuentro heterosexual»* y esas otras formas de amor —*rápida la una, súbita la otra*— del «enamoramiento» y del «flechazo»; y se anota que *«cuando es dilectiva, la relación conyugal es una amistad con la cual se funden desde su raíz misma un momento sexual y otro intrafamiliar»*, pudiéndose entender que por el consentimiento basado en verdadero amor «se funden desde sus raíces las personas de los cónyuges (cf. P. Laín Entralgo, *Teoría y realidad del otro*, cit., vol. II, pp. 208-209 y 288).

al postular la nulidad en la que cree, se alce una voluntad contraria del otro de impedir por todos los medios a su alcance el logro de los objetivos por parte del primero.

Y los posicionamientos pueden ser tan varios como déjen de sí los intereses más que los fueros de la verdad o de la justicia. Pudiera ocurrir que el justiciable, en aras de esos sentimientos, o se inhiba en la causa presentada; o se oponga pero sin razones; o se oponga y razone pero no se preste a nada de lo que legítimamente puede pedir el otro en la causa como pudiera ser el contribuir al encuentro con la verdad permitiendo descubrir en sí las auténticas raíces de la nulidad; o simplemente haya desaparecido sin dejar huella procesalmente visible.

Todas estas actitudes, aunque ética y moralmente puedan admitir diversas valoraciones, en la realidad de un contencioso matrimonial no son en verdad otra cosa que impedimentos de un derecho natural de uno de los esposos desplegado directamente hacia la clarificación de la verdad de su «estado de vida» (hay un derecho natural a la libertad en la elección del «estado de vida» referible no solo a la elección en sí sino a cosas derivadas como el valor humano y jurídico de la elección y las consecuencias de ello en ámbitos humanos y jurídicos) y menos directamente pero también desplegado hacia el derecho natural a rehacer la vida en otro matrimonio válido con el que la persona pueda cumplir su vocación en su ser más íntimo de persona humana; y a este derecho naturalmente se acopla el natural derecho de «defensa» que consiste en poder disponer de medios y pruebas, dentro de la legitimidad y la licitud, para alcanzar ese objetivo dentro del proceso.

El alegar frente a estos derechos naturales de un cónyuge el derecho también natural del otro cónyuge a la intimidad puede ser un recurso legítimo y llegar con ello a plantearse un conflicto de intereses o de derechos, que habrá de resolverse por el tribunal de acuerdo con las reglas antes prefiguradas.

Y ello ha de ser todavía más acuciante a favor de la legitimidad de la entrada o disposición judicial de acceso a la intimidad cuando suceda, como sucede en ocasiones y en ciertas materias muy personales, que, fuera de esa prueba, no haya otra válida o suficientemente válida para llegar a la verdad procesal como sucede normalmente en las causas por incapacidad psíquica en general o las del canon 1095 en particular; o cuando suceda que la no realización de esa prueba sea buscada maliciosamente por el otro en detrimento de la justicia o que, aún no siendo buscada maliciosamente, de hecho o no constituya una auténtica violación de la intimidad en el sentido indicado y sobre lo que posteriormente volveremos o no tenga por qué llegar a estratos tan profundos de la misma y de tan difícil acceso que no sea posible conseguir algo serio sin riesgo de duda permanente o sin garantías científicas de acierto.

Salvadas esas situaciones y contando con las exigencias antes anotadas: de motivación justificativa suficiente y proporcionada al sacrificio ordenado, de la relación directa de las actuaciones con la finalidad judicial perseguida, del empleo de las cautelas normales en la realización de las exploraciones (imposiciones de secreto), de evitación de la divulgación innecesaria de los resultados y también de empleo de medios que pudieran considerarse degradantes para la persona, nos parece desmesurada y contraria a derechos naturales, como se ha dicho, impedir el que la parte pida y el juez autorice la realización de una prueba pericial o como quiera llamarse, incluso a partir solamente del contenido de los autos y de las demás pruebas, sobre las condiciones de personalidad del otro contrayente.

Nos parece la salida justa a una situación de conflicto de intereses y de derechos de prácticamente el mismo valor, pero que en el caso concreto ese valor se decanta más a favor de la postura judicial, en la que entraría no sólo, y con ser importante, el bien privado del cónyuge sino también el bien común y público de la sociedad y de la Iglesia.

Un terreno de lo más abonado para planteamientos de conflictos en materia de investigaciones judiciales de la personalidad será, sin duda, el de las causas matrimoniales de nulidad.

La clave de muchas nulidades está radicada en el consentimiento del contrayente. La capacidad para consentir conyugalmente se basa en las condiciones psíquicas del sujeto: el contrayente —al consentir— ha de saber lo que hace y por qué lo hace; ha de querer hacerlo; y todo ello, en los dos campos, habrá de realizarse con libertad: la libertad natural que se exige para elegir el «estado de vida».

Esta capacidad, por principio, se presume en las personas normales y nadie puede ser declarado incapaz sin serlo, salvo atentado contra la dignidad misma de la persona.

Pero frente a convicciones de incapacidad, la única salida se encuentra en comprobarlo y el único camino de comprobación procesal está en las pruebas.

En el matrimonio, por tanto, y en muchos de sus conflictos de intereses se ponen en juego también y hasta de manera eminente los valores y los contravalores de los derechos encontrados.

Las soluciones habrán de ser de justicia y sin opresión, a ser posible, de derechos: los respectivos derechos de todos.

En situaciones matrimoniales de conflictos de intereses, de valores o de derechos, habrá de ser la justa legalidad, en lo que la legalidad haya dado ya soluciones, quien ponga orden; a falta de legalidad, y ello es válido sobre

todo en materia de derechos humanos y fundamentales, el recurso a la equidad o justicia no escrita puede ser en ocasiones lo que brinde la salida justa.

VII. PRUEBAS LÍCITAS E ILÍCITAS EN LOS PROCESOS

Hemos ya de anticipar, el tratar esta clasificación de la prueba, que ni la terminología ni el significado de las palabras son realidades uniformes.

Al hablar de pruebas lícitas-ilícitas, hay quienes lo refieren simplemente a pruebas prohibidas, otros a pruebas ilegales o a pruebas ilegalmente obtenidas, o a pruebas éticamente ilícitas, o a pruebas ilegal o ilícitamente admitidas dentro del proceso, etc.

No se puede negar por ello el gran volumen de posibles sentidos semánticos de la expresión, con la consiguiente confusión procesal a la hora de puntualizar soluciones.

Se ha dicho, como hemos indicado ya, por insignes procesalistas y especialistas en Derecho probatorio que el proceso es prueba y que la prueba es libertad. Tal vez este último principio haya de mitigarse ante la realidad de las pruebas «ilícitas» o de las pruebas «prohibidas».

Habremos de decir que, también en este punto, han de compatibilizarse cosas como el derecho a probar lo alegado y el derecho a la eticidad de las acciones humanas, el derecho a proponer pruebas y el derecho a que se admitan las pruebas; el derecho a ver ampliados los propios márgenes de prueba y limitados los márgenes ajenos ⁹⁶.

Pero también puede terciar en ésto el derecho al encuentro con la verdad donde quiera que se halle y como quiera que se presente.

Suelen, de todos modos, los más altos ordenamientos constitucionales ser más rigurosos en materia de ilicitud o ilegitimidad de pruebas cuando se busca la defensa y la tutela de los derechos humanos y fundamentales; con el añadido de que, en igualdad de condiciones y de circunstancias, la prevalencia se pone a favor de los mismos frente a otros de menor rango personal

⁹⁶ Cf. Schönke, «Los límites de la prueba en el derecho procesal», en *Rev. Der Priv.*, 3, 1955, pp. 375 y ss. En todo ésto, por la llamada «teoría de los intereses contrapuestos» las personas y los tribunales habrían de deducir de los valores y contravalores, del mayor valor frente al menor valor, de formalidades frente a sustancia de las cosas, etc., criterios en orden o a la misma admisión y entrada en proceso de las pruebas o, en todo caso a la concesión de valor a las mismas (cf. al respecto cuanto sobre esta materia de las pruebas lícitas e ilícitas se dice en el capítulo IV [«La prueba ilegalmente obtenida»] de la obra de López Barja de Quiroga, que lleva como título el de *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid 1981, pp. 82 y ss. y especialmente p. 86).

o institucional⁹⁷. Claro es que el problema de las limitaciones se los derechos cobra distinto perfil, cuando los que se ponen en conflicto son derechos del mismo o parecido rango constitucional o humano fundamental.

Serán sin duda perspectivas, pero que, cuando se adosan al tapete procesal, se cargan de polemicidad tan pronto como entran en juego factores litigiosos.

La temática de la licitud-ilicitud de las pruebas plantea dentro de los procesos toda una serie de cuestiones, que se insertan en esa cuestión de fondo: si la máxima pretensión procesal de búsqueda y encuentro con la verdad es compatible con los imperativos éticos; si en determinados casos se han de imponer a los jueces y tribunales topes de admisibilidad de ciertas pruebas o topes solamente de valorabilidad; si lo ético y lo procesal-jurídico han de marcar distancias ante las supremas exigencias de verdad y de justicia; si el juez y el moralista caben juntos dentro de las investigaciones procesales; si las de licitud-ilicitud de las pruebas son categorías fijas o bien, dentro de una visible relatividad, tienen que adaptarse al juego correlativo de los principios generales del proceso y de los derechos fundamentales de las personas.

Esta fase probatoria, en el ordenamiento procesal canónico, se abre con cuatro cánones preliminares y de alcance general.

En ellos se plantean, más que se resuelven, una serie de cuestiones de teoría general probatoria, importantes al ofrecer criterios genéricos aplicables a todo tipo de pruebas.

Por ejemplo, en el canon 1526, se deja sentado el principio de que la obligación de probar (lo que técnicamente se llama «la carga de la prueba») incumbe siempre a quien hace afirmaciones.

Se precisa en el mismo canon lo que no incluye obligación de prueba y, por tanto, no necesita ser probado: y se mencionan las presunciones de derecho o legales, que admitiendo prueba en contrario mantienen interinamente su vigor hasta que esa prueba en contrario se haya producido; y también los hechos alegados por una de las partes y admitidas por la otra, a menos que el juez —en casos especialmente de peligro de colusión o en causas públicas— determine que hayan de someterse también a prueba.

En las primeras palabras del canon 1527 se asienta otro principio: el de que todo lo que sea prueba o pueda tener razón o valor de prueba (*probationes cuiuslibet generis*) puede presentarse y aducirse. Y no importan ni su calidad ni su más o menos directa referencia al asunto controvertido ni si

97 Cf. López Barja de Quiroga, cit, pp. 101 y ss.

la razón de prueba deriva de personas o de cosas ni si se constituyen dentro del juicio o se aportan ya constituidas fuera del mismo.

En el canon 1528 se introduce en el ordenamiento procesal canónico un precepto de salvaguarda de la libertad de conciencia en casos en que una parte o un testigo pueda rehusar comparecer ante los jueces de la Iglesia.

Finalmente, en el canon 1529, se refuerza el principio preclusivo en materia probatoria: las pruebas no se deben ni presentar ni practicar antes de la fase probatoria de la causa; y a los jueces se les prohíbe por principio «recoger pruebas antes de la litiscontestación».

Se trata, realmente, de fragmentarias disposiciones generales en materia probatoria, que pueden ser en estos momentos útiles para ordenar racionalmente la obtención de las pruebas referibles al punto controvertido.

Pero, en teoría probatoria, entre los muchos, graves e interesantes problemas posibles, es menester destacar uno muy práctico e importante: el de la admisibilidad de las pruebas para que puedan entrar a formar parte del acerbo probatorio de una causa concreta. No se plantea realmente con ello directamente el problema de la admisión de las pruebas, que sería un paso ulterior, sino el de su admisibilidad, contando con que las mismas reúnan las condiciones extrínsecas e intrínsecas necesarias para su admisión.

Puede, en términos generales, decirse que los baremos de admisibilidad de pruebas procesales basados en criterios intrínsecos de la propia prueba y tenidos en cuenta en esta parte general probatoria por el legislador canónico se orientan en tres direcciones clásicas: de la licitud de la prueba; de la pertinencia de la prueba; y de la utilidad de la prueba.

En este primer punto de la explicación, me propongo hacer unas referencias al tema de la licitud-ilicitud de las pruebas, intentando verlo desde sus distintos perfiles sustantivos y procesales.

Considerado el problema de la licitud-ilicitud de la prueba en su aspecto sustantivo o de base, ya inicialmente nos permitimos hacer dos anotaciones: que el problema procesal de la licitud-ilicitud de las pruebas se apoya últimamente en el principio general ético de que nunca el fin puede ni debe justificar los medios de conseguirlo; y que el problema de la licitud-ilicitud no puede ceñirse estrictamente a criterios de legitimidad-ilegitimidad como si sólo hubiera de considerarse ilícito procesalmente lo que está prohibido que pueda ser aportado como prueba por disposiciones positivas.

Esta segunda idea, sobre la que volveremos de pasada más tarde, nos sitúa ya ante dos posibles raíces últimas de la ilicitud de una prueba: Cape-

lleti⁹⁸ distingue entre ilicitud radical que concierne a la prueba en sí misma considerada e ilicitud que deriva o puede derivar de la forma de producción de la prueba. Por ejemplo: un informe psiquiátrico puede ser veraz en su contenido y no contener ilicitud en sí mismo habiendo sido ilícito el modo de obtenerlo porque esa realización haya podido incluir un atentado contra la dignidad de la persona, al haberse invadido ilegítimamente ámbitos protegidos de intimidad personal. Y se debe añadir a este último respecto que la prueba puede adquirirse por medios materiales ilícitos sin que necesariamente esa ilicitud haya de ser criminal y constitutiva de delito, siendo suficiente con que se haya utilizado un medio ilícito civil: no habría por tanto ilicitud solamente y por ejemplo en caso de hurto de un documento confidencial sino también podría darse la ilicitud en el caso de una oculta grabación magnetofónica de una conversación.

Con todo esto nos situamos ante un extenso panorama de posibilidades de ilicitud, hoy más que nunca factibles a causa de los enormes adelantos de las ciencias y de la técnica.

Pensemos por ejemplo en supuestos delictivos o no delictivos como los siguientes: teléfonos intervenidos; escuchas telefónicas; fotografías indiscretas; violaciones de la correspondencia; detectores de mentiras; testimonios realizados con violación de secreto profesional o no profesional; confesiones o testimonios obtenidos mediante violencias, coacciones o incluso tortura; y en general todo lo que pueda de alguna manera derivar de intromisiones indebidas en la intimidad, en el honor, en la buena fama, etc. de las personas.

Antes de entrar a valorar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en esta materia, quiero anticipar una idea: la de la complejidad y relatividad de toda esta materia y en general de todo aquello en que entran o pueden entrar en juego criterios éticos e incluso, y ello sería otro dato muy a tener en cuenta, situaciones de conflicto de derechos igual o parecidamente importantes desde el punto de vista de los titulares de los mismos.

¿El derecho a la intimidad puede ser tope ante un mandato judicial de exploración psiquiátrica de un litigante cuando él se opone o simplemente se inhibe o es desconocido su paradero y se hace imposible pedirle comparecencia ante el perito o conformidad para realizar la pericia sin exploración clínica?

La legitimidad y sobre todo la atendibilidad por parte del juez de la negativa de un litigante a someterse a investigación no es algo que entre

98 Capelletti, «Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte», en *Racolta di scritti in onore Carlo Jemolo*, vol. II, pp. 173-202.

por los ojos con sólo abrirlos: habría de contrastarse y valorarse la negativa o la inhibición o la ausencia a la luz del derecho del otro litigante a la defensa de sus legítimas y hasta naturales pretensiones o a disponer de los medios necesarios y suficientes para clarificar, por ejemplo, la verdad de su estado de vida, tranquilizar la conciencia y optar libremente y de nuevo, si lo desea, a reconstruir su vida en aras de la natural vocación conyugal.

Esta simple muestra nos enseña mucho sobre lo que se anticipaba acerca de la complejidad y sobre todo relatividad de las cosas en estas situaciones.

Ya con estas observaciones que imponen mucha cautela, quiero también anticipar que en el fondo de esta cuestión late y se presenta al juzgador que ha de pronunciarse sobre admisibilidad o no, sobre valoración o no de unas pruebas presuntamente ilícitas el acuciante dilema de tener que decidir, dentro de un proceso que se orienta naturalmente al encuentro con la verdad y que impone al tribunal en la medida de lo posible ese deber del encuentro efectivo con ella y con la justicia...el dilema de tener que decidir u optar entre verdad jurídica y seguridad jurídica; entre el «deber ser» con unas rotundas exigencias éticas y el ser real de las cosas con sus exigencias existenciales y de realismo jurídico; entre la verdad y el fondo de verdad de un documento quizá mal obtenido y el veto a esa verdad derivado de criterios de conveniencia, decoro, estética u otros valores más o menos atendibles.

Las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales para resolver este dilema son variadas, aunque reconducibles a dos principales:

Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, es indudable la preferencia, en todo y en el proceso también, por las opciones a favor de la licitud de las cosas. Y se indican especialmente estas dos razones: el legislador entraría en abierta contradicción consigo mismo si consintiera la valoración de pruebas ilícitas, al dictar sus sentencias los jueces, tanto porque la producción de pruebas ilícitas afecta al respeto que merece la dignidad de la persona humana como bien e interés protegido por normas naturales y constitucionales como por la invocación del conocido axioma de que *nemo ex delicto suo conditionem meliorem facere potest*: nadie puede conseguir con actividades ilícitas conseguir aquello que lícitamente nunca podría procurarse (este criterio es seguido jurisprudencialmente por muchos países como Francia o Italia).

Pero hay otro sector que sigue distintos criterios. Como punto de partida se deja sentado que es perfectamente admisible la compatibilidad entre verdad y seguridad jurídica. Se afirma que en el proceso debe considerarse interés preferente la búsqueda de la verdad legal. Y el interés común y público de la seguridad frente a las obtenciones ilegales de pruebas se podría preservar por la vía de mantener la responsabilidad, civil o penal incluso, de la

persona que actuó ilícitamente al obtener de ese modo la prueba (es la orientación anglosajona e incluso la de algunos tribunales de otros países).

Se debe añadir, de todos modos, que el problema de la licitud-ilicitud de la prueba no es tan sólo de pura teoría; realmente contiene una urgencia práctica importante.

Habrán casos clamorosos de ilicitud en los que a ningún juez le resultará difícil optar, como casos de tortura o de secuestro con miras a obtener pruebas.

La generalidad de los casos, menos clamorosos y mucho más matizables, como apropiaciones de cartas o de documentos o escuchas telefónicas, como investigaciones sobre la salud psíquica, etc., creará muchos mayores problemas al exigir soluciones adecuadas y de equilibrio entre distintos bienes jurídicos o intereses prácticamente equidistantes que el Derecho tiene como misión tutelar atendiendo, más que a las teorías, a las concretas implicaciones de los mismos.

Al efecto, cabe pensar en dos posibles caminos de solución o mejor de actitud del juez ante aportaciones de pruebas ilícitas: ¿ha de ser un problema de admisibilidad solamente?; o es además y sobre todo un problema de valoración?

Es decir, ante la presentación de una prueba ilícita, el juez deberá de plano negarse a unirla a la causa no permitiendo siquiera que entre en los autos; o puede admitirla aunque posteriormente deba negarse a valorarla y tenerla en cuenta al dictar su sentencia?

También se dan criterios al respecto:

— de una parte, algunos dicen que lo mejor sería no admitir siquiera las pruebas ilícitas porque, si no se pueden valor y tener en cuenta, no tiene razón de ser su estancia en autos; y además porque, si esa prueba se encuentra en los autos a disposición del juez, raro será que no ejerza ninguna influencia psicológica sobre el mismo. Por tanto, lo mejor sería no admitirla siquiera ni unirla a los autos;

— de otro lado, se indica que una prueba admitida es una prueba valorable por principio; y sería algo que rompe con los elementales cánones de la cordura el que, estando el juez obligado en el proceso a buscar la verdad, declare en la sentencia no ser verdad algo que consta en el mismo proceso como verdad;

— se señala también que no son iguales todos los supuestos de prueba ilícita. Hay algunos, como la prueba obtenida bajo tortura o bajo el influjo de narcóticos, deslegitimados en sí mismos en su condición de prueba ya que de la tortura puede derivar la falsedad de lo declarado; pero hay otros

en que la ilicitud es sólo modal o formal en los cuales la verdad de fondo de la conversación hipotéticamente espiada se mantiene a pesar de esa ilicitud formal;

— también se dice que en la administración de la Justicia ha de velarse por la honestidad de los medios para lograrla; pero que ello no debe llegar al extremo de tener que cerrar los ojos a resultados probatorios objetivos derivados de pruebas ilícitas, sobre todo cuando esos medios ilícitos no han sido procurados de intento.

Como se puede observar, las orientaciones y posicionamientos en la materia son tantos como cabezas pensantes o decidentes.

Los ordenamientos que mayormente nos afectan, como el canónico o el español, en la teoría no ofrecen dudas:

— el ordenamiento procesal canónico, en el canon 1527, establece como excepción a la libre proposición de pruebas en el proceso la ilicitud de las mismas, sin matices

— en cuanto a la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil, en la misma, en el capítulo V sobre la prueba y las condiciones de admisibilidad de la misma, a los criterios de utilidad y pertinencia, se añade en de la licitud: el artículo 283.3 tajantemente se dispone que *«nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley»*. Con ello, este criterio de la ilicitud de las pruebas que anteriormente estaba en manos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Jurisprudencia de los tribunales pasa directamente a la Ley de Enjuiciamiento, si bien a nuestro juicio dentro de un excesivo positivismo, ya que se quedarían fuera del marco de la ilicitud realidades contrarias a la dignidad de la persona humana cuando las mismas no hubieran sido positivizadas.

Como se aprecia, las opciones pueden ser numerosas; las incertidumbres, lo mismo; y lo que nos parece deducible es que, dando por bien sentada la generalidad teórica del principio de la no admisibilidad de las pruebas ilícitas, en la práctica de cada prueba presuntamente ilícita se impone sin duda el criterio de la «*quaestio facti*» con la necesidad de que cada caso de prueba presuntamente ilícita haya de analizarse y valorarse en concreto.

Más allá es difícil poder ir en una materia tan completa y abierta, como se ha dicho, a tantas relatividades⁹⁹.

99 Sobre este punto concreto de la licitud o ilicitud de las pruebas, nos permitimos ofrecer algunas muestras bibliográficas: L. Muñoz Sabate, *Técnica probatoria*, Barcelona 1983, pp. 71 y ss.; Capeletti, «Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte», en *Racolta di scritti in onore Carlo Jemolo*, vol. II, pp. 173-202; V. Silva Melerio, *La prueba procesal*, Madrid 1963, vol. I, pp. 67 y ss.; F. Camelutti, «Illecita produzione di documenti», en *Rivista di Diritto processuale civile*,

VIII. LA PERICIA PSICOLÓGICA Y LAS CONDICIONES PARA SU REALIZACIÓN

En una buena técnica probatoria aplicable también a la prueba pericial, los criterios de calidad han de dominar sobre puros criterios cuantitativos: ha de estarse judicialmente más «*pro qualitate*» que «*pro quantitate*».

Y esa «calidad» de la prueba, y en este caso de la pericia psicológica o psiquiátrica propia y específica de las causas de nulidad por enfermedad mental y en general por perturbaciones del psiquismo, estará en función y dependerá de muy variados factores: uno de los más importantes se encuentra sin duda en la calidad de la «base de datos de juicio» de que pueda disponer para realizarla un técnico experimentado y competente.

La primordial «base de datos», al tratarse de pericias sobre la personalidad del contrayente en el momento del matrimonio y tratarse de causas en que se valoran comportamientos de seres humanos, ha de girar siempre y de alguna manera en torno a la misma persona pericianda.

La abundancia, fiabilidad, garantías, etc., de tales datos será lo que pueda dar el toque de calidad a la tarea pericial y estarán esas cosas en directa proporción con los resultados del valor mayor o menor de la pericia; contando también con que en esto, como en todo, existen grados de mayor o menor fuerza probatoria en función de todas las variables concurrentes: desde la persona del perito hasta la persona del periciado pasando por metodologías, puntos de vista de Escuela, criterios antropológicos del perito, intermediación, etc. Hay que decir de todos modos que lo mejor es más perfecto que lo bueno o que lo regular, pero sin omitir que lo bueno y lo regular en materia probatoria son siempre más que nada.

Centrándonos concretamente en las pericias psicológicas o psiquiátricas propias de bastantes causas de nulidad conyugal por defectos de consentimiento atribuibles a «causas psíquicas» y en relación con las condiciones de realización de las mismas, se pueden seleccionar dos métodos o esquemas de realización: el mejor y el bueno o menos bueno.

El primero señalaría el plan de realización normal-principal, completa, con intermediación y exploración clínica del periciado.

El segundo sería un plan subsidiario, menos completo, sin intermediación o sin completa intermediación, excepcional para aquellos casos en que el pri-

1934, II, p. 63; Schonke, «Límites de la prueba en el Derecho procesal», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid 1955, p. 374; *id.*, «El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid 1950, p. 312 y ss.; Cordero, «Prove illecite nel processo penale», en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, 1961, p. 32 y ss.; Williams, «Evidence obtained by illegal Means», en *The Criminal Law Review*, 1955, pp. 339 y ss.

mero, por lo que sea, no pudiera realizarse. Y hemos de anotar que este segundo plan no quedaría reservado exclusivamente para los casos de ausencia del periciado o de negativa del mismo a comparecer ante el perito para la exploración clínica. Podría utilizarse en casos especiales, por ejemplo, de la designación de un «peritior» que hubiera de tomar partido ante dos anteriores pericias realizadas ambas con o sin intermediación, si el juez estimara que las exploraciones anteriores han sido suficientes.

Al primero se le podría llamar «plan de realización normal de la pericia» y al segundo «plan de realización posible de la pericia»: a ninguno de los dos se le pueden negar en principio ni carácter ni valor de prueba; ni siquiera, también en vía de principio, se le puede atribuir a uno más que a otro valor probatorio óptimo o valor probatorio medio o valor probatorio nulo. Entran siempre en juego esas múltiples variables antes dichas, de las que dependerá en realidad y efectivamente el mejor o peor resultado probatorio: lo mismo exactamente que sucede con todo tipo de pruebas.

En teoría, sin duda, será siempre mejor el primero de los métodos o sistemas porque en él concurrirá de suyo una base de datos más perfecta y con «todas las de la ley» como suele decirse.

En la práctica, puede suceder que lo que está llamado a ser óptimo en teoría se quede en regular o malo incluso; y al revés, que lo que nace en precariedad teórica llegue a resultados probatorios importantes. Y ello por una razón muy sencilla: porque ni el Derecho ni la vida humana son matemática pura.

PUES BIEN, UN *plan o sistema de realización normal, u óptima incluso, de una pericia psicológica o psiquiátrica*, dentro del estado actual de las ciencias del hombre (Psicología, Psiquiatría, Antropología, Neurología, etc.) y del estado de la actual ciencia matrimonial sustantiva y procesal canónicas, podría ser bueno dentro de un esquema formado por estos apartados: *elaboración de una buena anamnesis-psicobiografía de la persona periciada* (historia clínica)¹⁰⁰, derivada de su exploración clínica e incluso de la

100 La «historia clínica» en Psiquiatría no es otra cosa que la exposición o relato, más o menos ordenado y sistemático, del origen, evolución y clímax de una enfermedad psíquica en una persona determinada. Las dificultades obvias para efectuar una precisa y veraz historia clínica en materias psicológicas o psiquiátricas se complican lógicamente por la misma condición enferma del sujeto. Vallejo Nájera ofrece de ello dos razones que nos parecen aceptables: «*para comprender las dificultades añadidas en Psiquiatría, basta recordar que el propio paciente puede intentar engañar al médico por ser un simulador, porque ha sido forzado a ir a la consulta, porque sus ideas delirantes le impulsan a proporcionar datos erróneos o a mentir, etc., y los datos suministrados por otras personas pueden estar también deformados por incapacidad de ser objetivos o por falseamiento deliberado*» (Guía práctica de Psicología, Madrid 1998, p. 679).

exploración de familiares próximos a la misma ¹⁰¹; *aplicación a la persona periciada de pruebas psicológicas (tests)* acomodadas a la calidad del problema que se trata de explorar (pruebas psicométricas basadas en técnicas proyectivas y de personalidad según criterios objetivos) ¹⁰², dentro de un rigor científico en la aplicación, en el análisis y en la obtención de los resultados; *estudio en profundidad del contenido de las restantes pruebas practicadas ya en la causa* con los resultados del mismo (estudio de los autos como de dice, los cuales en todo caso se han de poner en manos del perito): estos resultados han de contenerse con precisión en la pericia y contrastarse con las investigaciones técnico-periciales; *emisión de diagnóstico diferencial* de acuerdo con criterios diagnósticos en este momento acreditados (suelen ser los del DSM-IV y del CIE 10); *aplicación por el perito del diagnóstico emitido a la realidad nosológica hipotéticamente derivada de la base o bases de datos de juicio* a disposición del técnico anotando síntomas, calidad de los caracteres, gravedad de las anomalías, reversibilidad o no de las mismas, etc.: todo ello con fundamentación científica, ya que esto es precisamente lo típico de esta prueba; y por fin *las conclusiones periciales*, mantenidas siempre dentro del campo competencial del perito y fuera del terreno jurídico del tribunal. Como dice Castilla del Pino hablando de las funciones del psiquiatra y del juez: *«el psiquiatra se limita a decir si existe o no la enfermedad y la justicia decide»*.¹⁰³

Pero no siempre, como se ha dicho, y las razones pueden ser variadas, es factible este sistema de elaboración de la pericia. En tales casos, entraría en escena el *plan de realización de la pericia posible*; es decir, sin inmediatez del periciado y sin la exploración clínica del mismo.

Ante estos inconvenientes de entrada de tal tipo de pericia, la primera pregunta que se suscita es la de si esa prueba psicológica o psiquiátrica,

101 Acerca del contenido posible de una exploración clínica, se pueden ver la extensas y pormenorizadas anotaciones que al efecto presente el mismo Vallejo Nájera en la mencionada obra *Guía práctica de Psicología*, pp. 679-681 No es que en toda exploración psicológica se haya de hacer todo ese recorrido marcado en la obra; se ofrecen simplemente posibilidades orientativas según los casos concretos.

102 Las pruebas psicológicas de personalidad, las psicométricas tienen alcances más bien cuantitativos mientras las proyectivas, más cualitativas que las anteriores, marcan mejor la manera de ser de la persona, su modo de ser global, en contraposición a las primeras que dan mejor lo específico nosológicamente hablando: es decir, si el trastorno es esquizoide o histriónico o narcisista.

103 *«Es frecuente que a determinados crímenes se les encuentren explicaciones y justificaciones en la personalidad del criminal»*, dice Castilla del Pino en entrevista hecha al mismo con ocasión de la publicación de su obra titulada *«Teoría de los sentimientos»* y publicada en el diario *ABC*, de fecha 18 de noviembre de 2000. Algo parecido se puede afirmar respecto de las imposibilidades de las personas para emitir un consentimiento matrimonial válido; y de ahí la entrada en escena de muchas causas matrimoniales de esos dos personajes, técnicos cada uno en su plano: el tribunal o juez y el psicólogo o psiquiatra: el uno elabora la pericia y el otro aplica esos datos suministrados por el perito-técnico a la realidad del supuesto cuestionado.

realizada en esas condiciones de falta de intermediación del periciando, puede contener verdadero valor de prueba; y todavía más, si esa prueba, efectuada en esas condiciones, es y debe considerarse prueba lícita o, por el contrario, ilícita al constituir un atentado contra la intimidad del periciando.

En primer lugar: ¿cabe en Psiquiatría un estudio válido, técnica y científicamente válido, sin esa intermediación derivada del reconocimiento personal y directo del enfermo psíquico?

El eminente psiquiatra doctor Poveda Ariño, en un trabajo sobre «*La entrevista clínica*» ofrece estas consideraciones: «*la entrevista es el medio habitual de reconocimiento del enfermo psíquico. No pocas veces el único. La observación directa es indispensable para establecer el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento. Solo excepcionalmente —por imposibilidad física o moral— se prescindirá de ella; en tal caso, y de no disponer de otros medios de exploración convincentes, el dictamen del facultativo será meramente indicativo y abierto*»¹⁰⁴.

Estas ideas, a parte de ser compartidas por muchos psicólogos y psiquiatras a quienes hemos solicitado su parecer en ésto, nos parecen cargadas de realismo y ajenas a dogmatismos cerrados. Lo mejor es enemigo de lo bueno, repetimos; y lo bueno, aunque no sea lo mejor, en circunstancias en que no es posible otra cosa y se necesita luchar por el mejor encuentro con la verdad y la justicia, es algo o puede ser algo, sobre todo si las cosas se hacen bien por el tribunal y por el perito.

Psiquiátricamente, como vemos, hay una línea preferencial de pericias que han de contar siempre que ello sea posible con la entrevista clínica y la exploración personal del periciado.

Pero pueden darse casos de imposibilidad o física o moral de comparecer ante el perito: ante esa eventualidad se abren dos alternativas para el juez o para la parte: la una sería callarse y seguir sin prácticamente expectativas de encuentro con la verdad (lo cual sería contrario a la más elemental deontología profesional y moral); la otra: intentar suplir en la medida de lo posible y con los medios a mano los inconvenientes de la falta de comparencia ante el perito (la teoría del mal menor con reparos; o mejor la teoría de hacer lo que se puede mientras ello no sea ilícito y haya expectativas fundadas de que pueda servir de algo ante el fin del proceso).

En este caso que nos ocupa, para nosotros al menos, la elección no es dudosa e incluso es más que conveniente por las razones que vamos a exponer:

104 J. M. Poveda Ariño, «La entrevista clínica», en *Guía práctica de Psicología*, cit., p. 677.

- Sin unas bases psicobiográficas objetivas es prácticamente imposible hacer un estudio de la personalidad de un sujeto. Que el análisis de una personalidad pase por el estudio directo y personal parece normal y lógico, sobre todo porque hay cosas en la persona humana que sólo están al alcance y disposición de ella misma. Que ese análisis única y exclusivamente sea posible a través de la exploración directa ya no es tan claro. Una buena anámnesis, una buena psicobiografía, una buena historia personal de cualquier hombre puede llevarse a cabo contando con la exploración de personas conocidas de primera línea (padres, hermanos, allegados, etc.) que hayan asiduamente tratado al periciando antes de los quince años de edad, que es cuando se plastifica realmente la personalidad. Y lo mismo cabría decir de amigos íntimos, compañeros de estudio o de trabajo y profesión, etc. Las personas «íntimas» precisamente por serlo tienen normalmente acceso más o menos directo a la «intimidad». Por tanto, en base a este tipo de exploraciones directas, seguro que se puede construir hasta un diagnóstico de certeza y no de mera probabilidad.

- En un plano inferior, tampoco existen inconvenientes insalvables para poder admitir que es posible llegar a psicobiografías objetivas, aún sin la exploración directa de ese tipo de personas íntimas al periciado y partiendo de testigos fiables y coherentes, de las declaraciones del otro cónyuge e incluso en ocasiones de las del propio interesado. Cuando esas testificaciones o declaraciones contengan detalles, informaciones profundas, vivencias personales, de forma que ofrezcan aspectos de la interioridad de la persona, bajo el envoltorio siempre de un comportamiento habitual comprobado, técnicamente nada impide que una persona perita, analizando los resultados de tales pruebas, ponga nombres técnicos a esas realidades que subyacen a un comportamiento o, al menos, ofrezca explicaciones muy útiles para el tribunal. El problema sería en todo caso un problema de fiabilidad de dichas pruebas y de su adaptación a expresar las verdaderas condiciones de un psiquismo a partir de una conducta. Vallejo Nájera, en la citada obra, anota que en los antiguos tratados de exploración psiquiátrica certeramente se resumía que *«al enfermo mental se le diagnostica por lo que dice y por lo que hace»*¹⁰⁵. Y debemos añadir que con frecuencia, y en esta materia de anomalías psíquicas mucho más, es mucho más atendible lo que se hace que lo que se dice; y más todavía que lo que se dice dentro de un contexto interesado o apasionado, como son a veces los de las causas de nulidad.

105 J. A. Vallejo Nájera, *Guía práctica de Psicología*, p. 679. De siempre en la Filosofía perenne se ha proferido y admitido, en plenitud de lógica, que el *«operare sequitur esse»*, y que, en consecuencia, la conducta, no momentánea u ocasional, sino asidua, persistente y habitual constituye un magnífico reflejo de la interioridad y del modo de ser de la persona.

- Sabemos que hay diagnósticos de certeza y diagnósticos de probabilidad. El que en estos últimos supuestos quepa un diagnóstico de certeza o sea solo de probabilidad no dependerá por principio de que se haya visto o no visto personalmente al periciado: hay casos en que, habiéndose visto al periciado, tampoco se puede emitir diagnóstico de certeza. La calidad del diagnóstico dependerá en muy buena parte del interés que se tome el perito por implicarse en el tema: sin miedos y con apertura leal y confianza en el propio criterio razonado y derivado de la base de datos con que ha podido contar.

- En estos casos de pericias sin intermediación del periciado, el perito puede hacer las dos cosas, al igual que sucede con una pericia normal y completa: o emitir un diagnóstico de certeza o darlo sólo de probabilidad. Con los datos a su mano el perito muestra su parecer en el dictamen y lo razona a expensas de que el Tribunal, al analizar y valorar las demás pruebas, las considere fiables. El perito mantiene su papel de ofrecer al tribunal una ayuda experta¹⁰⁶ y, se trate de pericia estricta o se le quiera dar otro nombre que sería lo de menos, el juez se sirve de ello según su conciencia responsable.

- Por lo demás, tampoco es tanto sobre todo en las causas canónicas el que se emita diagnóstico diferencial (pocas veces posible con certeza) o no se emita: lo importante no es el nombre de las cosas sino la realidad de las mismas y, en este caso, la realidad nosológica del periciado. Lo básico, probatoriamente hablando, es que se demuestre que esa persona tenía alteradas seriamente las condiciones de su psiquismo al contraer; el que se llame a eso una cosa u otra, cuando la sintomatología es tan variada y anda tan mezclada en la realidad de los enfermos y hasta en los tipos nosológicos, reviste menor importancia. Como dijo el papa Juan Pablo II a la Rota Romana en el año 1987 a propósito de las incapacidades psicológicas en materia de nulidades conyugales, *«una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente»*¹⁰⁷.

106 La doctrina procesalista enseña que, aunque las pericias envuelvan un juicio técnico, el valor probatorio de las mismas descansa, al igual que sucede con las demás pruebas, en un encadenamiento de presunciones, que son ofrecidas al juez para que construya la prueba. Tampoco se puede negar que en la época moderna la prueba indiciaria —base de todas las presunciones— ha cobrado y asumido un carácter prevalentemente técnico. Es decir, en la prueba pericial el indicio reviste la peculiaridad de ser un indicio técnico y ello puede ser uno de los caracteres tipificantes del papel procesal de las pericias (cf. L. Muñoz Sabate, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona 1983, p. 219, notas 43 y 44, citando autores como Mittermaier, Garraud o Gianturco).

107 Juan Pablo II, «Discurso a la Rota Romana», de fecha 5 de febrero de 1987, en *Comunicaciones*, 19, 1987, pp. 3-8.

Asimismo debemos señalar, en apoyo de la corrección de esta «praxis» canonística de admitir pericias sin intermediación o sobre los autos cuando no hay otra salida y como mal menor, que, siendo el Derecho una ciencia y un arte prácticos, habrá de acomodarse, aunque no sea lo mejor que podría hacerse, a la realidad teleológica del proceso que está en buscar la justicia. Como señala Muñoz Sabaté, en referencia al ordenamiento procesal civil español y en general a todo tipo de proceso, *«si queremos evitar llegar a un callejón sin salida, no habrá más remedio en ciertos casos que vencer la falta de intermediación con una reconversión de la prueba pericial en testifical, volviendo así de alguna manera a sus orígenes históricos»*¹⁰⁸.

Los «callejones sin salida» son realmente la cosa más triste que puede encontrarse un tribunal en un proceso, porque contrarían su más esencial teleología. Y deben evitarse por todos los medios legítimos, aunque no sean lo mejor que puede hacerse.

Ante estos nudos gordianos, en que las tomas de postura procesal se balancean sobre el filo de valores y contravalores, de intereses contrapuestos pero asimilables de personas o de la sociedad entera, en que a la legítima protección de la intimidad de las personas corresponde en contrapartida el también legítimo derecho a la tutela del derecho a la defensa en aras también de protección de la propia intimidad de la persona, es menester hacer algunas consideraciones casi de pura lógica.

En primer lugar, y como señala Marcozzi¹⁰⁹, se dan casos de investigaciones psicológicas que no contienen proyecciones directas hacia la estricta

108 Reconoce el autor, como reconocemos todos, que la intermediación es «un dato muy estimable» en las pericias; y ofrece muestras de ello en sentencias del Tribunal Supremo de España, de la Audiencia Territorial de Barcelona e incluso de la Cámara de Apelación de La Plata en Argentina. Y no faltan muestras en las que el Tribunal civil da valor a informes o deposiciones de personal médico, cuando los mismos aparecen «suficientemente fundamentados y científicos» hasta hacerlos decisivamente gravitar en el pleito. El tope del valor de estos informes periciales se pone jurisprudencialmente en cosas como éstas: o que esas pruebas introduzcan en el pleito criterios extraños a los de la causa y del tribunal o de las leyes; o que se dé una verdadera desnaturalización de la verdadera índole de la prueba pericial; o que muestren una carácter más bien teórico y generalizante; o que carezcan de apoyo y fundamentación científicos. Pero es visible que tales reparos son aplicables a toda prueba pericial y no sólo a las que puedan hacerse sin intermediación de la persona periciada (cf. Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, cit, p. 364).

109 «È necessario a tale scopo distinguere le tecniche psicologiche e i test che non sono rivelatori dell'intimità o interiorità della persona, ma soltanto misurano o esplorano attitudini e capacità, che l'individuo manifesta spontaneamente e che sarebbero percepibili, sebbene con minore charezza a precisione, anche indipendentemente dalle tecniche e dai test psicologici impiegati. A questo tipo di test appartengono in genere quelli che abbiano classificati tra i test di sviluppo intellettuale, gli attitudinali, i test di rendimento e professionali. Alcuni di questi non solo possono essere richiesti, ma addirittura imposti, per l'esercizio di particolari professioni come: l'aeronauta, l'aviere, l'autista, el conduttore di macchine, e, in genere, negli impieghi che richiedono particolari abilità» (V. Marcozzi, «Indagini psicologiche e diritti della persona», en *La Civiltà Cattolica*, 1976, II, 3019-3024, p. 545).

intimidad o interioridad de las personas, al proponerse únicamente explorar las aptitudes de las mismas en orden a determinar capacidades para desempeñar ciertos cargos o profesiones o cometidos laborales o de otra índole que exigen especial habilidad, destreza o condiciones muy cualificadas y que no necesariamente se dan en el común de los mortales. Se trata de exploraciones orientadas a determinar aptitudes, coeficientes intelectuales, reciedumbre de la personalidad o posibilidades de rendimiento de acuerdo con unas legítimas exigencias dispuestas a favor de legítimos intereses de empresa y de la misma sociedad. Aunque en estas exploraciones dirigidas a seleccionar personal quepan abusos e ilicitudes basadas en discriminaciones elitistas, habrá casos en que por necesidad deba imponerse la exploración de la personalidad, aún en oposición de los interesados

V. Marcozzi dice que los exámenes psicológicos que no implican el conocimiento de la vida íntima o interioridad del examinado sino solamente la evaluación de habilidades psíquicas más o menos exteriores (atención, inteligencia, destreza, memoria, resistencia u otras) no presentan especiales problemas éticos pues en relación con estos requisitos se suele llegar a obtener una certeza moral en la mayoría de los casos.

En segundo lugar y admitiendo por principio la ilicitud de las «intromisiones» indebidas en la intimidad de las personas sin el consentimiento «informado y libre» del interesado, al no haber nada más propio e inherente a la condición humana de cada cual que la vida íntima e interior de su persona¹¹⁰, sin embargo se imponen matices al poder distinguirse diferentes planos de intimidad y distintos modos y formas de intromisión en la misma: y no todos ellos ilegítimos, como podría ser el caso indudable de llegada a la intimidad o al modo de ser real de la persona a través de su comportamiento externo, que habiendo nacido y siendo resultado de condiciones internas y hasta íntimas deja de ser interno e íntimo al proyectarse hacia fuera por voluntad de quien tiene una conducta o un comportamiento. Ese comportamiento ya no es plano estricto de intimidad porque se encuentra a la vista y es perceptible por los demás y puede en consecuencia ser objeto de análisis, de estudio y de valoración por un técnico en psicología o psiquiatría en orden a deducir realidades internas de la persona, diagnosticando incluso modos de ser alterados. Y todo parece consonante con elementales criterios de convivencia social, con proyecciones de naturaleza y con perspicacias del sentido común sin necesidad de acudir a posicionamientos de autoridad científica o magisterial¹¹¹.

110 Cf. Marcozzi, cit., p. 546.

111 El Papa Pío XII toca también este dificultoso tema y, como casi siempre, lo hace con la claridad, con la precisión y con el respeto a la dignidad de las personas pero también a la obvedad de

En tercer lugar, no puede negarse que en todos los ámbitos, y también en el eclesial, se han producido y se siguen produciendo abusos con intromisiones e indebidas ingerencias en las distintas esferas de la intimidad personal. De ahí, la oportunidad de arbitrar formas legales de tutela del derecho. Estas fórmulas de tutela lo único que persiguen es evitar los abusos; pero no pueden impedir ni el servirse de la psicología, de la psiquiatría o de las demás ciencias y métodos de investigación de la personalidad en condiciones de legitimidad, que pueda haberlas; ni tampoco impedir que invocaciones abusivas del derecho a la protección de la intimidad se conviertan en armas arrojadas frente a la protección de otros derechos de igual o parecido rango de otras personas a los que pudiera incluso subyacer también la defensa de la intimidad de las mismas o de realidades estrechamente vinculadas a su conciencia e intimidad. Hay que decir, por tanto, que las normas jurídicas de protección del derecho a la intimidad, de la Iglesia o del Estado, no son por principio contrarias a que se den situaciones concretas en que sean legítimas las investigaciones psicológicas, incluso en contra del criterio de los interesados. Concretamente, como señala V. Marcozzi ¹¹², *«la Chiesa, dunque, non proibisce l'indagine psicologica»* ¹¹³, *«ma —com'è suo dovere— ne indica i dettami morali e chiede che sia sempre salvaguar-*

las situaciones propios de quien está habituado a compaginar puntos de vista distintos y equidistantes. Sus palabras son luminosas en este caso: *«In sé, el contenuto dello psichismo appartiene esclusivamente alla persona (nel nostro caso, al soggetto degli esperimenti e del trattamento), e resta a conoscenza di lei soltanto. Essa tuttavia ne manifesta già qualcosa per il semplice fatto del suo comportamento. Quando lo psicologo si occupa di ciò che è così rivelato, non viola affatto lo psichismo intimo del soggetto... Ma c'è una larga parte del proprio mondo interiore che la persona non manifesta che a pochi confidenti e difende contro l'intrusione altrui. Certe cose, poi, saranno conservate segrete a qualunque costo e con chiunque. Ve ne sono infine altre, che essa non saprebbe prendere in considerazione. La psicologia insegna inoltre che esiste una regione dello psichismo intimo —in particolare circa tendenze e disposizioni— così nascosta, che l'individuo non arriverà mai a conoscerla e neppure a supportarla. E come è illecito appropriarsi dei beni di un altro e attentare alla sua integrità corporale, senza il suo consenso, così non è affatto permesso entrare, contro la sua volontà, nel suo intimo, qualunque sia la tecnica o il metodo impiegato... L'individuo, in quanto unità e totalità indivisibile, costituisce un centro unico e universale dell'essere e del agire, un 'io', che si possiede e dispone di sé»*. (Discurso a los participantes en el XIII Congreso Internacional de Psicología aplicada», de 10 de abril de 1958, en AAS, 50, 1958, p. 276).

112 V. Marcozzi, «Il diritto alla propria intimità nel nuovo Codice di Diritto canonico», en *La Civiltà Cattolica*, año 134, 1983, vol. 4.º, quaderni 3, 199-3204, pp. 574-575.

113 Cf. por ejemplo, entre las muestras eclesiales de referencia a investigaciones de la personalidad de las personas las siguientes: la Const. apostólica *«Sedes sapientiae»*, de 31 de mayo de 1956 (AAS, 48, 1956, p. 359); Pío XII en su «Discurso a los Participantes en el XIII Congreso de Psicología aplicada», de 10 de abril de 1958, en AAS, 50, 1958, p. 274; Decretos *«Optatam totius»* y *«Perfectae caritatis»*, del Concilio Vaticano II; Encíclica *«Sacerdotalis coelibatus»* del papa Pablo VI (AAS, 59, 1967, p. 682, a cuya publicación siguieron trabajos en ese mismo sentido de protección matizada de la intimidad como los de L. M. Rulla, *Psicología del profundo e vocazione* (Marietti, Torino 1981) o M. L. Rulla-F. Imoda-J. Radick, *Struttura psicologica e vocazione. Motivazioni di entrata e di abbandono* (Marietti, Torino 1981).

data la dignità della persona e siano rispettati i diritti. Il canon 220 è stato introdotto a tale scopo».

Estas simples anotaciones revelan ya la enorme complejidad de esta materia, la relatividad y fluidez de la misma, la mezcla casi anárquica de valores e intereses de pura personalidad con valores e intereses de evidente interés público y social; y aboca todo ello a grandes matizaciones y sobre todo a cuidar mucho que posicionamientos sistemáticos bienintencionados pero apriorísticos lleven a magníficas simplificaciones que en su fondo no sean otra cosa que estupendas falsificaciones, hechas eso sí con muy buena voluntad.

IX. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DE LA PERICIA SOBRE AUTOS

Como fruto y consecuencia de una vasta experiencia como juez, en nuestro libro *«Temas procesales y nulidad matrimonial»*¹¹⁴, era en él presentado un criterio razonado sobre la posibilidad y la validez de ciertas pericias realizadas sin intermediación del periciado y practicadas únicamente a partir de los autos y de las restantes pruebas de la causa, en aplicación del adagio ese de *lo mejor enemigo de lo bueno o lo posible cuando no se puede hacer otra cosa mejor*.

Nos permitimos reproducir la parte más importante de dicho tratamiento:

«La pericia realizada únicamente a partir de los autos y restantes pruebas de la causa:

Es evidente que el método ordinario de realización de una pericia psicológica o psiquiátrica *exige básicamente dos cosas*: por un lado, la exploración personal del periciado por parte del perito complementada con la aplicación al mismo de pruebas psicométricas y tests psicológicos y proyectivos cuyos resultados, bien interpretados por el perito, permitan elaborar una real fisonomía de las condiciones del psiquismo y de la personalidad entera del periciado; y, por otro lado, el análisis y estudio por parte del perito de las restantes pruebas de la causa, que el Tribunal tiene la obligación de poner en manos del perito, contrastando esas pruebas con los resultados obtenidos por él directamente del examen del periciado (can. 1577, 2).

Parece claro que un perito competente y experimentado en estos tipos de causas, con tales elementos probatorios en sus manos, se halla en condicio-

¹¹⁴ S. Panizo Orallo, *«Temas procesales y nulidad matrimonial»*, Trivium, Madrid 1999, pp. 607-610, 662-663 y 1001-1002.

nes más que suficientes y por supuesto aceptables como para poder emitir un dictamen con bastante solvencia científica.

La exploración personal y directa de la persona periciada apoyada en una psicometría correcta y adecuada técnicamente hablando, contando con la experiencia y la perspicacia de un perito que no se deje llevar por prejuicios de escuela ni engañar por las artes simulatorias de pacientes hábiles en ocultar lo que les interesa o dar una imagen deformada de sí mismos, al completarse todo eso con las aportaciones de pruebas como las de confesión de las partes o la testifical, que pueden ofrecer unos datos comportamentales de indudable valor probatorio, al conjuntarse todo ello en las manos y en la mente del perito podrán servir las bases de una buena periciación.

Pero el empleo de una tal metodología, con tales y tan completos elementos de juicio, con tantas y tan cualificadas vías de acceso a la realidad hasta la más íntima del sujeto (lo que se acercaría al *desideratum* en toda causa y mucho más en una de nulidad matrimonial basada en razones psíquicas), no siempre es posible; y tal imposibilidad deriva de la frecuente actitud de la persona periciada que rechaza ser analizada o explorada por el perito.

Ante una tan frecuente realidad podemos preguntarnos por las opciones que caben al juez ante tal eventualidad: ¿prescindir de la pericia en esos casos cuando puede la misma ser necesaria y hasta imprescindible para la buena marcha de la causa y la posibilidad incluso de una sentencia justa? Disponer la realización de la pericia hasta donde sea posible a pesar de la imposibilidad de exploración del periciado? Colocándose ante los ojos la venda de hipotéticas ilicitudes de prueba en algunos de estos casos, ¿volverse en el respeto y la defensa del derecho a la intimidad de uno con merma de los derechos, también de fono y de alcance natural de otros?

Suele decirse que lo mejor es enemigo de lo bueno. Y pensamos que en casos como los apuntados puede verificarse con exactitud ese dicho.

Hay escuelas y hay psiquiatras para los cuales tanto el psicólogo como el psiquiatra no pueden emitir diagnóstico fiable y tal vez ni siquiera un dictamen basado en las reglas de una técnica depurada o de una ciencia que se precie de serlo sin la exploración personal de la persona periciada, con las bases únicas de sólo aquello que otros puedan decir sobre la persona objeto de la pericia o que otros hayan podido observar del comportamiento externo y habitual.

Este criterio puede ser ciertamente un criterio respetable, pero no creemos, con la razón en la mano, que sea un criterio mejor que otros y sobre todo que ese criterio deba por principio considerarse como el único científicamente respetable o irrefutable y menos aun atendible desde ángulos sobre todo procesales y prácticos.

Y ello nos parece así por varias razones.

Existe en primer lugar una razón de índole procesal. Todo periciado, al menos en el orden procesal canónico, está en el derecho y puede tomarse

la libertad de no acudir ante el perito designado; pero también hay que decir que, del mismo modo y con la misma razón de justicia, la parte contraria que propuso la pericia o el juez que la estimó aceptable y oportuna están en su derecho de que se alcance la verdad de los hechos controvertidos por todos los medios disponibles y legítimos. Y sería una verdadera injusticia procesal el privar a la parte que actúa de buena fe pidiendo la declaración de nulidad de su matrimonio de un medio de prueba tan importante y a veces tan decisivo como puede ser una pericia por el —llamémosle así— ‘sabotaje’ procesal del presunto periciado; sobre todo cuando en el proceso existen actuaciones probatorias que constituyen o pueden constituir bases firmes de pronunciamientos periciales científicamente fiables.

Y puede también aducirse otra razón de índole sustantiva. No es del todo cierto, ni mucho menos, que una pericia psicológica o psiquiátrica pueda sacar un mayor fundamento científico o técnico de la exploración personal del periciado que de los datos, sobre todo si son fiables, que sobre la conducta y el comportamiento de esa persona pueden ofrecer la otra parte con su confesión judicial o los testigos con sus declaraciones. Sabido es de sobra que la conducta de las personas es en sí misma reveladora de su modo de ser, por aquello tan conocido de que *operare sequitur esse*, el obrar es una consecuencia natural del ser. Por tanto, si es cierto que la exploración personal del periciado, cuando el periciado no logra —lo que puede ser posible y hasta frecuente— enmarcarar a los ojos del perito su verdadera realidad y condición, parece una fuente autorizada de conocimiento principalmente sobre la realidad actual de la personalidad explorada, no es menos cierto que en las causas matrimoniales lo que se trata de conocer no es precisamente la realidad nosológica actual del contrayente, sino sobre todo su realidad en el momento del matrimonio. Y ésto se puede conocer perfectamente a través de las manifestaciones de personas fidedignas y fiables que conocieron, que trataron de cerca y que pudieron presenciar hechos del periciado en sus relaciones de noviazgo, en la celebración del matrimonio y a través de los años de convivencia conyugal. Además, a veces ocurre que en la causa y en los autos existen o pueden existir datos como informes sobre internamientos médicos del periciado con su correspondiente diagnóstico o datos sobre tratamientos impuestos al mismo con la medicación dictada que aumentan las garantías de acierto en el perito.

Todos estos elementos de juicio —repetimos—, cuando son fiables, pueden constituir bases probatorias que, en manos de peritos competentes y experimentados, son capaces de ofrecer garantías de una buena solvencia científica.

Creemos, por ello, que la pericia sobre los autos puede y debe incluso constituir una posibilidad abierta en los casos en que el periciado rehusa comparecer ante el perito.

Admitida y constada ya la posibilidad e incluso la conveniencia de este tipo de pericia, voy a deducir algunas conclusiones en relación con la misma:

a) no cabe duda de que la pericia llevada a cabo únicamente sobre y a partir de los autos implica siempre ciertos inconvenientes de orden probatorio y tal pericia será de ordinario una pericia en cierto modo incompleta por cuanto importa mucho que el perito explore y pueda observar por sí mismo a la persona periciada. De hecho, los buenos profesionales de la Psiquiatría suelen lamentar estas incomparecencias

b) sin embargo, una pericia sobre los autos puede en muchas ocasiones revestir una calidad técnica innegable. La calidad de una pericia hecha sobre los autos estará en función de la calidad de esos mismos autos. Y puede ocurrir que en la causa obren suficientes elementos de juicio porque las demás pruebas aporten muchos y valiosos elementos probatorios. En tales casos, una pericia realizada únicamente sobre los autos puede ser lègítima; y no sólo legítima sino incluso excelente probatoriamente hablando y estar en condiciones de ofrecer al juez bases sólidas para fundar sus conclusiones

c) el alcance científico-técnico de una pericia sobre los autos deberá mantenerse dentro del alcance que pueda derivarse de esos mismos autos. Y lo que no podrá nunca hacer un perito que actúe solamente a partir de los autos es deducir hechos patográficos más allá de lo que permitan las pruebas de la causa. Y sus conclusiones habrán de estar en la línea de lo que permitan dichas pruebas. No digo que el perito, en estos casos y en tales pericias, no pueda poner nombres técnicos a las aportaciones generalmente vulgares de las otras pruebas de la causa; ni digo que el perito, emitido el diagnóstico, no pueda revelar los síntomas de la enfermedad o del trastorno diagnosticado y sus consecuencias; lo que intento decir es que el perito, en estos casos, no pueda aislarse de los elementos de prueba que le han servido de base y actuar por su cuenta al margen del contenido de esas pruebas.

d) finalmente, habrá que admitir que de ordinario la fuerza probatoria de la pericia realizada sobre los autos es inferior por supuesto al valor y conclusiones de una pericia realizada con exploración del periciado y estudio de las pruebas de la causa.

Pero, de todos modos, habrá que reconocer también que se trata de una prueba legítima y que, una vez practicada dicha prueba con garantías, al juez le corresponderá deducir su valor probatorio contrastando los datos deducibles de las pruebas de base con la técnica científica y práctica del perito elegido.

En conclusión, creemos que se deberá señalar y afirmar con claridad lo siguiente: la pericia practicada solamente y a partir de los autos y pruebas de la causa puede ser en ocasiones una prueba necesaria en casos de incomparecencia culpable de la persona objeto de la pericia; puede la misma, en ocasiones y cuando lo permita la fiabilidad de esas otras pruebas, ser una prueba perfectamente legítima y hasta científicamente solvente; y los resultados de una tal prueba pueden ofrecer en ocasiones al juez elementos de juicio serios y sólidos en línea probatoria».

En último término, queremos indicar que, entre la poca literatura jurídica que sobre esta materia existe, merece destacarse un estudio del Auditor de la Rota Romana, monseñor Serrano Ruiz ¹¹⁵ Auditor de la Rota Romana, que lleva por título «La pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica», publicado en Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro. Se trata de un trabajo interesante en el que se describen y precisan los pros y los contras de estas pericias y se mantiene el criterio de que las mismas, a pesar de sus normales y naturales inconvenientes y deficiencias, constituyen o pueden constituir elementos probatorios muy estimables y atendibles.

Y la Jurisprudencia rotal se muestra generalmente favorable a la admisión no solo de la legitimidad y hasta rigor técnica de estas posibles pericias, sino también de su valor técnico y de su conveniencia, que deben ser admitidas y practicadas cuando no hay posibilidad de comparecencia del periciado ¹¹⁶, en virtud incluso de esa máxima general que establece que «nadie tiene derecho a sacar provecho de su propio fraude» («fraus sua nemini patrocinari debetur»)

Estas ideas de nuestro libro, que asumíamos al ser publicado, las seguimos asumiendo ahora después del punto de inflexión marcado por la Declaración de la Signatura Apostólica, de fecha 16 de junio de 1998, sobre cuestión que se le planteó sobre el empleo del perito en causas de nulidad de matrimonio ¹¹⁷; y en la que se hacen referencias a este punto concreto de hipotéticas pericias matrimoniales realizadas únicamente a partir de los autos de la causa.

Un breve comentario a esta resolución a dicha Declaración de la Signatura cerrará nuestro estudio.

En el mes de agosto de 1997, un vicario judicial expresaba a la Signatura Apostólica ciertas dificultades que le urgían al tramitar las causas de nulidad por incapacidad a tenor del canon 1095, al estar prohibido en su país a psicólogos y psiquiatras prestar sus servicios técnicos en el foro eclesialístico. Y ante ello el vicario judicial consultaba a la Signatura si en estas condiciones y circunstancias podía ser lícito a los jueces pronunciar sentencia a favor de la nulidad cuando, sin prueba pericial alguna, esos jueces

115 J. M. Serrano Ruiz, «La pericia psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa: legitimación, elaboración y valoración canónica», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal para profesionales del Foro*, Salamanca 1992, pp. 525-553.

116 Cf. Sentencia c. Jarawan, de 6 de junio de 1990, en *SRRD*, vol. 82, 1994, p. 492.

117 «*Quaesitum de usu periti in causis nullitatis matrimonii*», Declaración del Supremo S. Tribunal de la Signatura Apostólica, Prot. N. 28252/97 VT», en *Periodica de re canonica*, 1998, vol. 87, IV, pp. 619-622.

«*propria scientia non professionali*» hubieren adquirido la certeza moral exigida por el derecho para dictar la sentencia. Una respuesta afirmativa a esta petición, al decir del vicario judicial en cuestión, llevaría consigo el que la pericia se omitiera no sólo en los casos en que no sería necesaria sino inútil a tenor del canon 1680 sino en todos los casos en que la misma, por las circunstancias, resultara moralmente imposible.

Ante esta cuestión, la Signatura preludia la respuesta declarando algunos principios fundamentales de aplicación a la materia.

Y al respecto el supremo Tribunal de la Iglesia ofrece varias puntualizaciones, que resumimos.

Recuerda en primer lugar el Tribunal de la Signatura el contenido del canon 1608, § 1-2, sobre la certeza moral requerida en el juez para dictar la sentencia, certeza que debe ser deducida de lo «actuado y probado» y certeza que, cuando no se alcance, obligaría al juez a sentenciar en contra de la nulidad del matrimonio. Y se traen a colación aquí palabras del papa Pío XII, pronunciadas en el año 1942 y dirigidas al Tribunal de la Rota Romana, sobre la calidad de la certeza en cuestión: nunca podrá ser una certeza puramente subjetiva, que se apoye en sentimientos, incluso en creencias personales, desconsideración o inexperiencia ¹¹⁸.

En un segundo apartado, anota el S. Tribunal que en las causas del canon 1095, en todas ellas, a menos que la pericia aparezca como «evidentemente inútil» por las circunstancias, se hace «necesaria» la actuación pericial (y se citan el can. 1680 y las Alocuciones de Juan Pablo II a la Rota Romana de 5 de febrero de 1987 y de 25 de enero de 1988). En estas causas, se dice, «por lo común» (*«ut plurimum»*), se requiere la actuación del psicólogo o del psiquiatra para discernir la condición psíquica de la parte o de las partes en el momento de la celebración del matrimonio

Y se añade que, en las causas de nulidad matrimonial por incapacidad que se contienen en el canon 1.095, por su naturaleza complicada, apenas será posible (*«vix possibilis est»*) que en todas aquellas causas en que aparezca necesaria la obra del perito el juez, por su propio conocimiento «no profesional» pueda conseguir certeza moral, deducible de lo actuado y probado, necesaria para dictar sentencia, a tenor del canon 1608, 1-2-4.

En todas estas causas, el trabajo pericial se impone no sólo porque se halle prescrito por el Derecho, sino principalmente porque la misma natura-

118 La certeza moral no puede considerarse «una certezza puramente soggettiva che si fonda sul sentimento di questo o di quello, forse anche su personale credulità, sconsideratezza, inesperienza» (Pío XII, «Discurso a la Rota Romana», de fecha 1 de octubre de 1942, en AAS, 34, 1942, pp. 338-343, n. 3, p. 340).

leza de las cosas esa intervención es instrumento de prueba, del que los jueces ordinariamente no pueden prescindir al pronunciar sentencia a favor de la nulidad con certeza moral deducible *ex actis et probatis*.

Las pericias acerca del estado psíquico de las partes unicamente pueden prescindirse cuando aparecen «evidentemente inútiles» en relación con el mérito de la causa y ello podrá suceder en estos dos casos: si, aunque no se trate de una pericia en sentido técnico estricto, en los autos obra o un documento (generalmente será médico) o un testimonio tan cualificado que ello dispense al juez en el caso suficiente prueba; o cuando de hechos o circunstancias demostrados, sin lugar a dudas, aparece o la carencia del uso de la razón o el grave defecto de discreción de juicio o la incapacidad de asumir las esenciales obligaciones conyugales. En estos casos, la nulidad del matrimonio puede ser declarada «*ob evidentem consensus defectum*», sin que sea precisa un diagnóstico diferencial de la causa psíquica en la que se arraiga el defecto en cuestión. Pero, aún en estos dos supuestos, el puede solicitar del perito una explicación técnica del documento o de los hechos que obra en los autos o que vienen afirmados en autos. Se insiste en que son dos casos que deberán ser considerados excepciones a la regla general de la necesidad de la pericia en estas causas

En aquellos casos, en que la parte pericianda recuse someterse a la exploración del perito, el juez suele recabar del perito «juicio-criterio-informe» («*votum*») a partir de las solas actas de la causa. Esta obra del perito no es considerada una pericia psicológica o psiquiátrica en sentido técnico. En talas casos, se añade, sin duda al perito se le puede requerir que exponga al tribunal la calidad de este «juicio» suyo en relación con la precisión de la verdadera naturaleza del defecto psíquico. Y el voto, también sin duda, ha de ser valorado de distinto modo a como habría de serlo una pericia psicológica o psiquiátrica en sentido técnico.

El juez, bien sea que recabe la pericia o, en caso de necesidad («*si casus ferat*»), ese «*votum*» aludido, cuidadosamente ha de observar lass normas procesales canónicas en esta materia, sin olvidar nunca que, en estas causas de nulidad de matrimonio, tanto las actas de la causa como la misma sentencia de suyo solo han ser publicadas para las partes y no para personas extrañas a la misma (se cita al respecto el Discurso de Juan Pablo II a la Rota, de fecha 26 de enero de 1989, especialmente en los nn. 8-9).

Y en cuanto al propio perito y por su parte, cuidadosamente habrá de observar no sólo los preceptos y las normas éticas y deontológicas de su arte o de su ciencia, sino igualmente los preceptos del Derecho tanto canónico como civil al desempeñar bien y fielmente su función (se citan los cáns. 1574, 1577, 2 y 1578, 2)

Finalmente se dispone que, dada la trascendencia probatoria que la pericia hecha por personas insignes en la ciencia y en la experiencia de su técnica y con sintonía con los principios de la antropología cristiana representa en las causas de nulidad por capítulos del canon 1095 se ha de cuidar por todos los medios que estos principios sean bien expuestos a todos aquellos a quienes pueda afectar o interesar.

En esta Declaración de la Signatura, la respuesta a la cuestión planteada se realiza mediante la sola exposición de los principios fundamentales anteriores¹¹⁹.

En relación con esta Declaración de la Signatura, sobre su naturaleza, condiciones y alcances jurídico-procesales nos permitimos algunas anotaciones valorativas.

- Hay que decir, en primer lugar, que la cuestión planteada a la Signatura presenta indudablemente y en sí misma un ámbito particular representado por aquellas situaciones «excepcionales» en que se prohíbe por la ley civil que psiquiatras o psicólogos actúen en el foro eclesiástico y en las causas del canon 1095: es lo que afirma el consultante que promueve la cuestión. Es realmente lo que se cuestiona *in directo*.

- Pero, por lógica analogía, la cuestión tendría extensión a todos los casos similares, en que, por la razón que fuere, el perito pudiera ser perseguido, denunciado, querrellado, etc., penal y criminalmente o incluso de otro modo, por calumnia, por intromisión indebida en la intimidad, por violación de la «privacidad», de la esfera privada o confidencial de la persona o del secreto incluso.

- Incluso, en una mayor elasticidad, podría plantearse eso mismo, en términos generalizadores al máximo, siempre que se pudiera pensar y hasta suponer o que hay peligro de ingerencia en la «privacidad» del periciable o que se pueda presumir que ese periciable se opone del modo que sea a ser analizado psicológica o psiquiátricamente.

- A todos estos supuestos, les podría en consecuencia cuadrar la pregunta: si en estas circunstancias es lícito a los jueces eclesiásticos pronunciarse a favor de la nulidad sin intervención de peritos y deducir la certeza moral exigida para la sentencia de la «*propria scientia 'non professionalis'*» (con sentido de la «ciencia propia del juez»¹²⁰; a nosotros nos parece mejor

119 Cf. Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, «*Quaesitum de usu periti in causis matrimonialibus*, Prot. N. 282552/97 VT», de fecha 16 de junio de 1998, en *Periodica de re canonica*, 1998, vol. 87, IV, pp. 619-622.

120 En este sentido interpreta esta expresión «*propria scientia non professionalis*» el P. U. Navarrete, en su «Comentario a esta Declaración de la Signatura», en *Periodica de re canonica*, 1998, vol. 87, IV, p. 625.

interpretar «ciencia privada del juez», aunque la distancia no sea mucha de lo anterior).

- El problema se podría dar no sólo en lugares o naciones en los que a los jueces y tribunales eclesiásticos no se les reconoce derecho alguno de tipo jurisdiccional (que parece ser el supuesto planteado por el cuestionante); sino incluso en aquellos lugares, en que —reconocido o no reconocido el fuero eclesiástico y con o sin reconocimiento de sus resoluciones— pudiera surgir denuncia o acusación de calumnia o de intromisión indebida en la intimidad bien contra el perito que actúa realizando la pericia o incluso contra el tribunal que dispuso la realización de la pericia, se reconozca o no se reconozca el fuero eclesiástico.

- Y puestos a generalizar, la misma cuestión del peligro de denuncia podría plantearse no solamente frente a los peritos sino frente al otro cónyuge o frente a testigos familiares o no familiares o en relación con documentos hipotéticamente aportados: el concepto de «intimidad familiar» entra como un aspecto importante de la «intimidad»; de hecho el mismo aparece ya en el primer artículo de la Ley Orgánica española de 5 de mayo de 1982, de Protección civil a la Intimidad personal y ello doctrinalmente implica el derecho a que permanezcan desconocidos aspectos no de la persona individualmente considerada sino como perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que denominamos familia ¹²¹.

- Esta elasticidad tan grande no puede considerarse extraña al caso planteado. El propio vicario judicial que plantea la cuestión a la Signatura se anticipa a la respuesta y, fuera incluso de los casos de prohibición civil a la intervención del perito, hipotiza el omitir por principio la pericia siempre que las circunstancias permitan ver una «imposibilidad moral» de realizarla. La elasticidad, como se aprecia, está servida.

- Analizando estos términos de planteamiento, la cuestión que se formula sería de pleno *iure condendo* porque, de aceptarse la propuesta de ese vicario judicial, se habrían trastocado hasta los mismos fundamentos del proceso, especialmente en materia probatoria. Se daría paso a una enorme discrecionalidad del juez y se estaría entrando de algún modo en un sistema de prueba tasada a favor de la no pericia en estas causas concediendo máximo valor a esa «ciencia privada» del juez, que se haría sustituitiva de la prueba pericial: se le llama «ciencia no profesional», aunque revestiría alcances

121 Cf. L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., pp. 178-179: puede siempre ser considerado ataque a esta intimidad el que, por ejemplo, uno de los cónyuges simplemente comente o saque fuera de la alcoba cosas que se han producido dentro de ella y entre los solos cónyuges y que pueden entenderse con sentido de «privacidad».

técnico-profesionales. Ello sería más ostensible aún con el desembarco, que llegaría enseguida, en todos o algunos de esos supuestos elásticos anteriormente consignados.

- La Signatura, en respuesta en forma de declaración y no de decreto resolutorio, en contra de esa sugerencia laudina del cuestionante, recuerda el canon 1608, 1-2 y con ello, que está en pleno vigor el prescripto del mismo presentando como principio procesal fundamental que, para dictar cualquier sentencia en el orden canónico, se requiere en el juez: certeza moral sobre el objeto litigioso; y una certeza moral deducible precisamente *ex actis et probatis* y sin recurso por tanto a esa *«propria scientia non professionali»*.

- Se recuerda lo que generalmente se viene sosteniendo por la doctrina y por la jurisprudencia respecto de todas aquellas causas en que pueda entrar en valoración judicial, directa o indirectamente, el estado del psiquismo del contrayente en el momento del matrimonio: que en cuestiones litigiosas técnicas, como son las psicológicas o psiquiátricas, se ha de acudir a un técnico, salvadas esas excepciones obvias indicadas en la Declaración de la Signatura

- Caso sin duda especial en la materia que tratamos podría ser aquel en que el juez que entendiere en un asunto de tipo médico o psicológico o psiquiátrico o de otra índole técnica fuese, además de doctor o licenciado en Derecho, licenciado o doctor en Medicina o en Psicología o en Psiquiatría. En teoría procesal, en tal caso, nada a nuestro juicio se opondría a que ese juez utilizara su especialidad médica o psiquiátrica para valorar las pruebas sin tener que recurrir al asesoramiento de peritos. Stein, por ejemplo, admite que un tribunal puede recurrir a peritos cuantas veces necesite de ellos, por principio. Pero no está, al menos en ciertos casos, limitado por una necesidad en tal sentido. Dice este autor que si por ejemplo pudiera conseguir la información necesaria mediante libros u otros elementos de formación del juicio podría servirse de ella, ya que procesalmente sería indiferente cuándo y cómo ha adquirido el juez sus conocimientos¹²². Cosa diferente serían las aportaciones de parte en forma de libros, trabajos incluso científicos o cosas semejantes, las cuales, pudiendo ser útiles a efectos ilustrativos, nunca podrían considerarse suficientes para suplir un dictamen técnico. En el caso del juez-perito en la materia del proceso, como señala Muñoz Sabate¹²³, *«se trataría entonces de una verdadera inferencia judicial derivada de hechos conocidos en el proceso pero de dinámica y estruc-*

122 Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, trad. española *El conocimiento privado del juez*, Ediciones UNiversidad de Navarra, Pamplona 1973, p. 128.

123 Cf. L. Muñoz Sabate, *Técnica probatoria*, cit., p. 220.

tura idéntica a la que hubiera podido elaborar cualquier perito...solo que no podría hablarse entonces de prueba pericial y sí hubiera de dársele un nombre... de presunción». De todos modos, nuestro criterio es que, ni en ese caso de conocimientos especiales del juez sobre la materia del litigio, los mismos, como señala Caravantes, no harían que los mismos se pudieran considerar pericia al efecto de dejar de nombrar lo que la ley determina y distintos del juez, aunque su instrucción privada pudiera servirle en las tareas de valoración probática.

RESUMEN Y CONCLUSIONES FINALES

Tal como sucede con todo lo humano, en que el espacio de cada uno se siente recortado por el espacio de los demás (y esto tiene obviamente lugar en materia de libertad individual o social o en materia de derechos y deberes en que la correlatividad es norma), también aquí, cuando se ponen en juego procesal prerrogativas de intimidad de la persona o exigencias de tutela del derecho a la intimidad, pero no de manera absoluta sino en puntual contraste con derechos de igual rango y de igual o parecida actuosidad de otras personas, el optar unilateralmente por la protección del derecho de una de las partes frente a la otra puede contener grave injusticia.

Los derechos, hasta los más humanos y los más profundos, se limitan solos y unos a otros se constituyen los límites propios y correlativos

No se puede negar que, en nuestros días, por la fuerza de los adelantos científicos, los tests de personalidad al igual que otros métodos de investigación de la psique humana ¹²⁴ permiten llegar a descubrir fondos muy profundos, muy íntimos y muy reservados del alma humana

Estos adelantos, de suyo, son moral y éticamente neutrales: en cuanto pueden prestar positivos servicios al conocimiento de la persona humana y contribuir a fijar modos y formas de terapia de gran valor. Pero a la vez contienen riesgos indudables sobre todo cuando se orientan a la exploración de esas zonas tan profundas de intimidad de las personas que o no son asequibles a métodos normales de investigación psicológica o, si lo fueran, o habría que obtenerse la previa aquiescencia del interesado o, partiendo sin

124 *«Le test se définit comme une expérience diagnostique, qui a pour but de mettre en lumière, aussi objectivement et exactement que possible, les caracteres distinctifs du psychisme d'une personnalité, ou même seulement quelques —unes de ses particularités—»* («Nota al Discurso del Papa Pío XII dirigido el 10 de abril de 1958 a los Congresistas del XIII Congreso de la Sociedad internacional de Psicología aplicada», en *AAS*, 1958, p. 268, nota 1.

más del supuesto de la inviolabilidad al máximo de tales zonas, las más profundas e invisibles hasta parta el propio titular de ellas, cuando la entrada en esas zonas supone empleo de medios o peligrosos o degradantes para el propio sujeto que no tendría derecho siquiera a dar su consentimiento ¹²⁵ en tales condiciones, por ser atentados supremos hasta para propia dignidad de la persona.

Estos casos extremos no son de todos modos los casos ordinarios.

Antes de llegarse a tales extremismos de máxima y suprema reserva sin degradación de la persona, en los cuales la entrada en la intimidad se haría siempre ilícita hasta con el consentimiento del interesado, lo normal es que se actúe judicialmente determinando investigaciones de la personalidad con diferentes proyecciones, en las cuales se hace difícil admitir que sde pueda llegar a ilicitud.

Podrían ser, en este sentido, algunos de estos casos:

— Hay casos en que existe derecho a conocer la realidad del psiquismo y de las condiciones internas de la persona, cuando especialmente esa persona aspira a un puesto de trabajo o a una profesión con base en una vocación que reclama unas determinadas condiciones o cuando, más que entrar en la vida psíquica interna, de lo que se trata es de conocer aptitudes de inteligencia, de carácter, de modos de ser o de reaccionar, de destreza

125 *-Il n'échappe pas aux meilleurs psychologues que l'emploi le plus habile des méthodes existantes ne réussit pas à pénétrer dans la zone du psychisme, qui constitue, pour ainsi dire, le centre della personnalité et reste toujours un mystère. Arrivé à ce point, le psychologue ne peut que reconnaître avec modestie les limites de ces possibilités et respecter l'individualité de l'homme, sur lequel il doit porter un jugement; il devrait s'efforcer d'apercevoir en tout homme le plan divin et aider à le développer dans la mesure du possible. La personnalité humaine, avec ses caractères propres, est en effet la plus noble et la plus étonnante des oeuvres de la création. Or à qui prend connaissance de vos travaux, il apparaît que certaines problèmes moraux se posent ici: Vous revelez en effet plusieurs fois les objections, que soulève la pénétration du psychologue dans l'intime de la personnalité d'autrui. Ainsi, par exemple, l'utilisation de la «narcoanalyse», discutée déjà en psychothérapie, est considérée comme illicite dans l'action judiciaire; de même l'emploi de l'appareil à détecter le mensonge, qu'on appelle «Lie-détector» ou «poligrafo». Tel auteur dénonce les conséquences nocives des tensions émotives violentes, provoquées dans un sujet à titre expérimental, mais assure aussi qu'il faut savoir préférer l'intérêt du progrès scientifique à celui de la personne individuelle, qui sert de sujet à l'expérience. Quelques-uns, dans la recherche et le traitement psychiatriques, effectuent des interventions, qui n'ont pas reçu l'accord préalable du patient, ou dont il ne connaissait pas la portée exacte. Aussi la révélation du contenu réel de leur personnalité puet-elle provoquer chez certains des traumatismes sérieux. En bref, on peut dire qu'il faut parfois déplorer l'intrusion injustifiée du psychologue dans la personnalité profonde et les dommages psychiques sérieux, qui en résultent pour le patient, et même pour de tierceus personnes. Il arrive qu'on ne s'assure pas de l'entier consentement de l'intéressé et qu'on allègue, pour justifier des procédés contestables, la priorité de la science sur les valeurs morales et sur les intérêts des particulières (c'est-à-dire, en d'autres termes, celle du bien commun sur le bien particulier» (Pío XII, Discurso al Congreso Internacional de Psicología aplicada, de 10 de abril de 1958, pp. 174-275).*

manual o mental, de resistencia, de tolerancia a las frustraciones, etc. En estos casos, el mero hecho de solicitar la plaza o el puesto de trabajo implica la sumisión a las pruebas psicológicas. Es algo parecido a lo que ocurre al solicitar el carnet de conducir o la entrada en estamentos con reserva del derecho de admisión

— Hay casos, asimismo, en que, por exigencias ineludibles de prueba dentro de los procesos y por imposibilidad de llegar a conocimiento justo de la realidad como no sea por la vía de la investigación de la personalidad, al juez le estaría en principio permitido disponer tales investigaciones, aún fuera del proceso penal, siempre que se cumplan algunas condiciones: que no haya otra forma de suplir esa intromisión; que no sea posible física o moralmente obtener el consentimiento; que la resistencia a prestarse a la investigación no tenga justificación racional y ética; que no se busque con la negativa a comparecer el obstruir la marcha de la justicia; que se tomen las necesarias medidas para actuar con la máxima cautela y con urgencia de secreto para cuantos actúan, sin olvidar la imposición de sanciones en caso contrario; que los métodos sean legítimos; que no se vaya más allá de lo debido en la investigación; que los medios de investigación no sean degradantes para la persona; y que se hallen en juego, frente al respeto a la intimidad de unos, derechos así mismo respetables de otras personas que se amparan en esa necesidad de prueba para ver tutelados derechos también naturales y del mismo rango o mayor que el o los alegados para impedir la prueba.

Y si a todo ello se añadiera el que, por un lado, las investigaciones de la personalidad vienen centradas en conductas habituales que están a los ojos de todos y han sido comprobadas en versiones de indubitado valor y públicas por tanto; y por otro que el perito actúe a partir de los datos que se le ofrecen y tal como se le ofrecen, sin entrar en cosas como la fiabilidad de los elementos de juicio ofrecidos que han de quedar al criterio valorativo de los jueces y limitándose a dar nombres técnicos a la sintomatología deducible del comportamiento sin ir más allá de lo que puedan dar de sí los datos conductuales a la vista, lo normal sería dar por más que normales estas investigaciones, con o sin la voluntad de los interesados, aunque cuidando siempre, como es normal, la reserva natural debida a todo lo que de alguna manera tiene que ver con el proceso.

Se insiste en la enorme «relatividad» y «fluidez» de estas cuestiones, en aras sobre todo de la «difusividad» de todos aquellos derechos generales o de las personas, a los que nos les hayan puesto límites claros las normas positivas.

En estos casos de positivaciones, no es difícil saber a qué atenerse en cuanto a fines y linderos o legitimidad o no de las actuaciones administrativas o judiciales.

El problema se hace más agudo en el caso contrario de ausencia total o parcial de ordenaciones positivas que concretizan lo difuso, en principio, de los derechos naturales o humanos fundamentales.

Entendemos que el criterio último de actuaciones judiciales o no en materia de investigaciones de la personalidad habrá de apoyarse en pocas ideas: que los derechos humanos, por principio, no son ilimitados ni absolutos; que los límites de los derechos humanos se alzan normalmente cuando se comienza a pisar terreno de otros derechos humanos igualmente atendibles; o cuando la norma legal permite las limitaciones por razones de bien común; o cuando razones de justicia natural, aún no escrita, sirven apoyos equitativos en evitación de mala fe, de búsqueda de compensaciones inconfesables o de otras cosas menos conexas con el derecho y la justicia.

La ilicitud hipotética de una prueba no arranca solo de la ilicitud de su materia, sino también de sus condiciones y circunstancias de. Y en ello entran mucho también factores de prudencia del juez, que, eso sí, ha de aspirar a que, en todo tipo de pruebas de esta índole, se cuiden al máximo cosas como la del mínimo necesario o la del secreto o la del respeto formal incluso a la dignidad de las personas.

El derecho a la justicia, en determinadas situaciones sobre todo de actuación de acciones personales, puede ser tan importante y digno de defensa y tutela como puedan serlo otros derechos de las personas, incluido el derecho a la intimidad.

Es admisible siempre y en su medida la tutela de los derechos y más si los mismos son naturales; pero lo que nunca puede tutelar el orden jurídico son los «egocentrismos».

Santiago Panizo Orallo

Auditor del Tribunal de la Rota Española
y Profesor titular universitario