



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LOS ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Autor: Guadalupe Castellano Penzol

5º E-5

Área de Historia del Derecho

Tutora: Blanca Sáenz de Santa María Gómez Mampaso

Madrid, abril 2022

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	0
1. INTRODUCCIÓN.....	2
1.1. Estado de la cuestión	2
1.2. Objetivos.....	6
1.3. Metodología.....	6
2. ANTECEDENTES HISTÓRICO – JURÍDICOS	8
2.1. Breve referencia al Derecho romano	9
2.2. Manifestaciones previas a la Edad Moderna	10
3. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL	11
3.1. Manifestaciones en los inicios del Constitucionalismo español.....	11
3.2. La Constitución de 1869.....	12
a. El debate en las Cortes Constituyentes del artículo 5	15
b. El registro del domicilio y de papeles y efectos	18
3.3. La Constitución de 1876.....	19
3.4. La Constitución 1931.....	21
4. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL	23
4.1. La regulación penal de 1848 y 1870.....	24
4.2. El Código Penal de 1928	27
5. CONCLUSIONES.....	29
6. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.....	33

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Estado de la cuestión

La intimidad es un concepto contemporáneo que no aparece en nuestro derecho hasta la promulgación en 1978 de la Constitución actualmente vigente. El término surge en nuestros diccionarios en el siglo XVIII, si bien entonces sólo recibía la connotación de “confianza amistosa”¹. Será en 1925 cuando la Real Academia Española incluya en su diccionario una nueva acepción al término, definiendo intimidad como aquella “parte personalísima, comúnmente reservada, de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o una familia”². En 1970 se amplía esta definición para abarcar “la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”³, consolidándose el concepto de intimidad que se ha mantenido hasta nuestros días.

Es indiscutible el carácter novedoso del término intimidad y más aún de la acepción que tenemos hoy en día de ella. Sin embargo, la idea de que existía un plano íntimo y reservado, exclusivo e inherente a la persona por su condición de serlo, se viene desarrollando desde épocas mucho anteriores. Esta afirmación constituye el origen de la investigación que a lo largo de este trabajo se desarrolla. Si la etimología del término intimidad es novedosa, es consecuencia evidente que su protección expresa por parte de nuestro ordenamiento jurídico también lo sea. El derecho a la intimidad en términos exactos surge en el ámbito constitucional del ordenamiento jurídico español con la Constitución de 1978. Con todo, si hemos afirmado que la idea de que existe esa esfera que hoy definimos como intimidad aparece antes que el propio término que la designa sería lógico que el legislador hubiese, históricamente, tratado de protegerlo de forma indirecta y a través de otros mecanismos jurídicos también.

¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua castellana* [...], Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Real Academia Española, por los herederos de Francisco del Hierro, 1734, p. 90. Reproducido a partir del ejemplar en línea del Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española, disponible en: <https://apps.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0..>

² Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, decimoquinta edición. Madrid, Calpe, 1925, p. 698. Reproducido a partir del ejemplar en línea del Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española, disponible en: <https://apps.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.3.0.0.0..>

³ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, decimonovena edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p.756. Reproducido a partir del ejemplar de en línea del Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española, disponible en: <https://apps.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0..>

Con el fin de dotar esta hipótesis de argumentación y base histórico-jurídica fundada, analizaremos a lo largo de este trabajo los distintos mecanismos jurídicos a través de los cuales se le prevé dicha protección. Para ello, comenzaremos ahora por esclarecer los antecedentes doctrinalmente aceptados del derecho a la intimidad, así como las aproximaciones habituales desde las que se aborda el estudio de este derecho.

De la investigación previa a este análisis advertimos que la gran mayoría de autores establecen como origen del actual derecho a la intimidad el *right to privacy* anglosajón, como si éste constituyese una novedad universal necesaria de adaptar e incorporar a nuestro ordenamiento. La primera vez que se habla en el ámbito del derecho del término privacidad es con la publicación del artículo *The right to privacy*, por los entonces abogados norteamericanos Warren y Brandeis en 1890⁴. No cabe negar la importancia de este artículo como aportación doctrinal y como designación pionera de la esfera privada de la persona como un objeto de protección jurídica concreto. La noción de privacidad con la que se designa la salvaguarda de esa esfera privada en los Estados Unidos se trata de una aproximación mucho más amplia que la concepción de la intimidad imperante en el ámbito europeo y, por ende, el español, de carácter más restringido⁵. Podemos, por lo tanto, afirmar que la aportación léxica del término privacidad, *privacy*, y la concepción de la necesidad de un derecho autónomo de protección de la esfera privada e íntima de la persona, sí tienen su origen en este artículo.

En este sentido, si ya apuntábamos que el término intimidad sufría una incorporación tardía a nuestro vocabulario, el término privacidad es más reciente aún. La Real Academia Española recoge el vocablo privacidad por primera vez entrado ya el siglo XXI, y la define como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”⁶. Con todo, a pesar de que la concreción terminológica es posterior, la protección tácita de esta esfera de la vida del individuo es un aspecto que sí ha sido desarrollado previamente en el ordenamiento jurídico español. El artículo de Warren y Brandeis aporta la concepción de defender la esfera privada individual a través

⁴ WARREN y BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 15 diciembre 1890, págs. 194-220.

⁵ SALDAÑA, M. N., “«The Right to Privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 85, septiembre-diciembre 2012, p. 203.

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Imprenta de la Real Academia Española, Madrid, 2001. Reproducido a partir del ejemplar de la Biblioteca virtual de la Real Academia Española, disponible en: <http://archivo.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola-2001>.

de un derecho autónomo, y constituye una aportación doctrinal que manifiesta un “sentimiento racional de que los derechos que al hombre pertenecen no son graciamente dados por una u otra autoridad, sino que son sus legítimas aspiraciones”⁷, es decir, que son inherentes a su realidad de individuos.

La consideración de este artículo propio del derecho anglosajón como único antecedente a nuestro actual derecho a la intimidad deja un claro vacío en el desarrollo histórico de los antecedentes de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Se observa una clara falta de intención en ahondar en la regulación de la esfera de la persona previa al reconocimiento constitucional de la intimidad. Esto no hace sino sugerir que la protección de la vida privada de la persona no ha sido objeto de salvaguarda de nuestro derecho hasta la Constitución actual, insinuando de tal manera una laguna en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esta concepción no es más que una aproximación simplista a la determinación de los antecedentes y la procedencia del derecho a la intimidad. Es por ello por lo que se procede, a lo largo de este estudio, a plasmar los resultados de una investigación que nos permite encontrar, en la evolución histórica del ordenamiento jurídico español una protección tácita a la vida íntima y a la esfera privada del individuo a través de distintos mecanismos jurídicos.

A modo de introducción a esta hipótesis, comenzaremos por abordar el estado de la cuestión desde la aproximación del derecho común de la protección de la persona. Podríamos considerar, incluso, que estas formulaciones teóricas constituyen propiamente antecedentes a la protección la intimidad en el plano civil. Encontramos por lo tanto la teoría de los derechos subjetivos y, más concretamente, el entendimiento de la existencia de una serie de derechos denominados como de la personalidad los cuales procuran protección a una serie de aspectos de la esfera privada del individuo que se corresponden, de cierta manera, con la protección que ofrece hoy en día el texto constitucional a la intimidad. En este sentido, Castán aborda el concepto de derechos subjetivos como

“el comportamiento obligado de un sujeto en orden a la satisfacción de fines o intereses concedido a favor del sujeto jurídico, siendo el portador del derecho subjetivo investido de

⁷ REBOLLO DELGADO, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 87.

potestad, sea como simple portador de un interés, o bien a modo de portador efectivo de voluntad, esto es, la persona”⁸.

De Castro, por su parte, lo define como aquella “situación determinada de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona como miembro activo de la comunidad jurídica a cuyo arbitrio confía su ejercicio y defensa”⁹. Observamos por lo tanto que antes de la concreción del derecho a la intimidad como derecho autónomo en nuestra actual Carta Magna, ya se venía dotando de protección a esa esfera íntima y propia de la persona, si bien desde el ámbito civil.

A pesar de esta referencia a la regulación civil, la aproximación que ha realizado nuestro derecho históricamente a la regulación de la esfera íntima de la persona ha sido principalmente a través de dos planos: el constitucional y el penal. En primer lugar, se procederá al análisis desde el ámbito del derecho constitucional. Así, observamos que la protección a la que nos referimos viene conferida a través de la inviolabilidad del domicilio y que ésta, a lo largo de las décadas, sufre cierta evolución. La protección que nuestras constituciones históricas confieren al domicilio como lugar donde se lleva a cabo la vida privada del individuo es eminentemente frente a los abusos de los poderes públicos. En este sentido, a lo largo de la investigación advertimos como la situación política de cada época influye en la preocupación del legislador de cada período y le lleva a salvaguardar la entrada en el domicilio fuera de casos excepcionales. Como se podrá apreciar en el desarrollo de nuestro trabajo, será en la Constitución promulgada en 1869 cuando se dará, por la extensión de su redacción, una protección más garantista al domicilio. La cámara baja dedicará, además, una serie de sesiones a debatir exclusivamente la redacción de ese artículo lo cual nos demuestra que es este periodo en el cual el legislador manifiesta más preocupación en cuanto a cómo regular este derecho. Constituirá esta etapa el espacio temporal al que se le dedica mayor desarrollo a lo largo de este trabajo por este motivo mientras que, en lo relativo a las Constituciones posteriores, el debate en las cámaras es mucho más breve, limitado al momento de evaluación de las enmiendas a la totalidad, sin que se dé un debate exclusivo del artículo que en cada una de ellas se recoge la inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar, no

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., “El concepto de Derechos subjetivo”, *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 124 y ss., *apud* VILLACORTA CAÑO-VEGA, A., “La etapa del surgimiento y desarrollo de los derechos públicos subjetivos”, *Anuario Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017, p. 326.

⁹ DE CASTRO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1968, p., 155-156, *apud* BUSTOS PUECHE, J. E., “Los Derechos Humanos y la doctrina del Derecho subjetivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2015, p. 7.

puede omitirse las referencias que se hacen a la protección del domicilio en el ámbito penal. Así, se procederá al desarrollo de la regulación del allanamiento de morada como delito el cual complementa la regulación constitucional dotando de protección a este bien jurídico frente a cualquier intromisión, de cualquier tercero, sea o no aquel una autoridad pública.

1.2. Objetivos

Como se ha apuntado, el objeto de estudio de este trabajo ha sido abordado anteriormente desde diversas perspectivas. Es por ello, que la finalidad del mismo será alcanzar los siguientes objetivos:

- Encontrar manifestaciones de la intención de proteger el ámbito de la intimidad en el ordenamiento jurídico español previo a la promulgación de la actual Constitución.
- Justificar la consideración del derecho a la inviolabilidad del domicilio como antecedente del derecho a la intimidad.
- Abordar la protección del domicilio durante el constitucionalismo español desde tres ámbitos jurídicos principales: el constitucional, el penal y el civil.

1.3. Metodología

El Derecho presenta una dimensión histórica, lo cual supone entender que “ha sido, que sigue siendo, objeto de una evolución histórica a merced de la cual va cristalizando en órdenes jurídicos sucesivos”¹⁰. Teniendo el Derecho, al igual que la historia, un carácter social, su desarrollo y transformación está estrechamente legado a los cambios políticos y sociales de la época, puesto que estos agentes son quienes determinan los cambios en los fines y las funciones de los órganos del ordenamiento jurídico¹¹. De dicho carácter social extraemos, de igual modo, el método que se emplea para la investigación en Historia del derecho: el método hermenéutico, consistente en la interpretación de datos y su valoración crítica y razonada. Al aplicar el método hermenéutico a esta investigación, se ha procedido siguiendo el esquema tripartito de fases propio del mismo: búsqueda de fuentes, análisis razonado de las mismas y extracción de conclusiones.

¹⁰ FONT RIUS, J.M. “Derecho Histórico”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I (Derecho), Ed. Seix, Barcelona, 1950, p. 474.

¹¹ *Ibid*, p. 479.

La primera fase del método histórico-jurídico recibe el nombre de heurística, y consiste en la “investigación a conocimiento de las fuentes, que nos proporcionan el material para la reconstrucción de la vida jurídica que intentamos estudiar”¹². Como primer paso para determinar el rumbo que tomaría nuestra investigación, se procede a determinar cual es el estado de la cuestión en el momento de iniciar el estudio. Para ello, se ha llevado a cabo una exhaustiva búsqueda de fuentes bibliográficas (publicaciones en forma de manual, monografías y artículos científicos) que han sido publicadas por los estudiosos anteriormente.

Para la búsqueda de estas fuentes bibliográficas, se recurrió a la consulta de catálogos on-line entre los que cabe destacar DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/>) así como los catálogos de universidades, tanto la mía propia como otras como la Universidad de Alicante o la Universidad de Córdoba. Dado que el objeto de investigación requería de búsqueda de fuentes publicadas en los siglos XIX y XX, la mayoría de las monografías consultadas han sido en formato en papel a las cuales se ha tenido acceso gracias a los fondos y archivos de la Biblioteca de la Universidad Pontificia Comillas, así como de la Biblioteca Nacional. En estos archivos encontramos también importantes manuales de célebres historiadores del Derecho como José Antonio Escudero o Francisco Tomás y Valiente, que permitieron centrar el tema durante la fase inicial de la investigación.

Dado que las fuentes bibliográficas son siempre fuentes indirectas que analizan, interpretan y organizan el material existente acerca del objeto de estudio, evidentemente se ha recurrido a la selección de fuentes normativas. Esta búsqueda ha sido posible gracias a la base de datos Gazeta: colección histórica, que pone a disposición el Boletín Oficial del Estado (<https://www.boe.es/buscar/gazeta.php>). De igual manera, se ha recurrido a fuentes parlamentarias disponibles en las páginas web de las Cámaras, en particular la del Congreso de los Diputados (www.congreso.es), que tiene a disposición la Serie histórica de los Diarios de Sesiones (https://app.congreso.es/est_sesiones/).

Una vez terminada la búsqueda, hubo que proceder al análisis en detalle del contenido de las distintas fuentes de información y a su crítica para determinar cuáles de ellas era procedente utilizar como parte de la investigación y cuales de ellas había que, por el contrario, descartar. Dado que la temática de la investigación cuenta con un

¹² *Ibid*, p. 492.

importante contenido de ámbito constitucional, muchas de las fuentes bibliográficas que en un primer momento podría parecer que serían adecuadas, hubo que prescindir de ellas por su falta de contenido histórico. De igual manera que muchas de las fuentes encontradas inicialmente no fueron empleadas finalmente en la investigación, muchas otras fueron halladas a lo largo del análisis del trabajo, derivadas de las conclusiones que se fueron extrayendo.

Cabe mencionar adicionalmente que, si bien el empleo de manuales como fuente en una investigación de esta naturaleza no es lo habitual ni, quizás, lo más propio, me he visto obligada a recurrir a ello por dos motivos. Por una parte, inicialmente para proveer de cierta contextualización a los distintos períodos históricos que se han analizado en este estudio. Y, por otra parte, para dotar a la argumentación de cierto apoyo por parte de historiadores del Derecho como Tomás y Valiente o Sánchez-Arcilla y apartar nuestra investigación, de este modo, de una base meramente constitucional pues, como se ha adelantado, son los constitucionalistas quienes han abordado más en profundidad este tema.

Finalmente, tras todo lo comprendido de los estudios ya realizados en el tema de la investigación, se procedió a realizar una síntesis reconstructiva, estructurando, por un lado, la información contenida en las fuentes y, por otro, incluyendo una serie de conclusiones propias que no hacen más que apoyar y confirmar la hipótesis que justifica esta investigación. A lo largo del trabajo se indica el origen de toda la información recopilada a través del método de cita a pie de página propio de esta disciplina. Fruto de esta investigación es este trabajo de treinta y dos páginas que presento como Trabajo de Fin de Grado en Derecho en la Universidad Pontificia de Comillas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICO – JURÍDICOS

El derecho a la intimidad es un concepto novedoso que no aparecerá en nuestro ordenamiento jurídico hasta el siglo XX, acompañado de otros términos como la privacidad. Pese a ello, como todo derecho, se trata de una conquista de libertad que viene precedida por un largo proceso de consolidación, primero en la sociedad y luego en las

instituciones políticas¹³. Los derechos cuentan con una naturaleza dinámica, en tanto en cuanto se alteran y evolucionan al tiempo que lo hace la sociedad que ordenan. De este modo, “su desarrollo se produce por sedimentación en la conciencia social de determinadas necesidades”¹⁴ y por la influencia de ésta en el legislador y en la jurisprudencia. Es por ello, y a pesar del carácter novedoso del concepto, que el derecho a la intimidad presenta manifestaciones claras de formas diversas en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. Breve referencia al Derecho romano

Las leyes romanas concedían una gran protección al hogar doméstico. La protección del hogar, la casa, o el domicilio, es una de las más claras manifestaciones de la intención del legislador de dar protección a las acciones que en ellas se llevaban a cabo por su naturaleza privada, individual e íntima. Es precisamente este concepto el que más frecuentemente encontramos protegido en las normas de más alto rango en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se analizará a lo largo de esta investigación. En el Derecho Romano encontramos la *actio iniuriarum* o acción de injuria, la cual, inicialmente estaba contenida en las XII Tablas como protección a las lesiones corporales. Sin embargo, con la promulgación de la *lex Cornelia de iniuriis* en el año 81 a.C. por Sila, se convierten en delito público los casos de *vi domum intoire*, entrada con violencia en el domicilio¹⁵. En otras palabras, entendiendo la *iniuria* en sentido estricto como ultraje, *contumelia* en latín, la protección en contra de ella en Roma alcanzaba inicialmente el honor, el pudor y la reputación de ciertas personas para evolucionar a la protección de la violación del domicilio¹⁶. Todos estos aspectos que eran objeto de protección por parte de las leyes romanas no son más que manifestaciones de protección a un concepto por aquel entonces inexistente de vida íntima, de privacidad, de protección del individuo en su esfera más propia.

¹³ Cfr. REBOLLO DELGADO, L., *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 79-80.

¹⁴ *Ibid*, p. 79.

¹⁵ Cfr. TORRENT, A. *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, S.L., Zaragoza, 2002, p. 503.

¹⁶ REBOLLO DELGADO, *Op. Cit.*, p. 83.

2.2. Manifestaciones previas a la Edad Moderna

Las leyes patrias, como el Fuero Juzgo¹⁷ o el Fuero Viejo de Castilla¹⁸, también han materializado la necesidad de protección del domicilio estableciendo una serie de garantías. Se contenía en ellas tanto la prohibición de entrada en casa ajena como los supuestos excepcionales en los cuales dicha acción no sería penada, esto es, sus límites¹⁹. Ya entonces se advierte la noción de imposibilidad de recoger un derecho absoluto “porque no podría serlo sin perjuicio notable de la sociedad”²⁰. Con todo, no debe dudarse que, en estos tiempos, ya se extendía la protección del domicilio como lugar a aquella que se extiende hasta el “fuero interno o conciencia del hombre”²¹. De manera similar leyes como las del Estilo²² recogieron penas para quien lanzase a otro por fuerza o encerrase a otro, concretándose en las de Partida²³, que por fuerza podía entenderse la entrada en el domicilio mediando violencia²⁴.

También en la época medieval, encontramos textos como la Carta firmada entre el Rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela en 1119 o los Decretos de la Curia de León de 1188, los cuales recogen prohibiciones de allanamiento de morada. Si bien en éstos la inviolabilidad del domicilio cuenta con un “carácter de seguridad patrimonial, y por consiguiente un ámbito en esencia penal, en la Alta Edad Media surgirá un concepto fundamental: [...] la paz de la casa”²⁵. Bajo esta concepción se llegaba incluso a reconocer la inviolabilidad total de la casa incluso ante los oficiales regios²⁶. Así, la protección de la casa de los ciudadanos evitaba la entrada sin consentimiento de terceros incluso cuando su intención fuese hacer valer derechos adquiridos, como puede ser detener a un delincuente o recuperar bienes propios que han sido sustraídos ilegítimamente²⁷. Se daba ya un paralelismo entre el dueño y su morada, “por ello, se

¹⁷ Concretamente la Ley 7, libro 8, título 3, como se apunta en ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indicas*, Tomo II, Imp. de Andrés y Díaz, Madrid, 1849, p. 594.

¹⁸ Concretamente, la Ley 4, título 6, libro 1, *cf.* ARRAZOLA, *Op. Cit.* p. 594.

¹⁹ *Cfr.* ARRAZOLA, L., *Op. Cit.* 594.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² En concreto, Leyes 12 y 147, *cf.* ARRAZOLA, *Op. Cit.* p. 594.

²³ En concreto, Ley 16, título 9, Partida 7, *cf.* ARRAZOLA, *Op. Cit.*, p. 594.

²⁴ *Cfr.* ARRAZOLA, L., *Op. Cit.* 594.

²⁵ REBOLLO DELGADO, *Op. Cit.*, p. 84.

²⁶ ROVIRA, J.O., “La Paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, p.107, *apud* SEGURA, F. “Nobles, ruanos y campesinos”, *Iura Vasconiae*, 3, 2006, p. 36.

²⁷ SEGURA, F. *Op. Cit.*, p. 36.

castiga la deshonra de la casa: porque se ve en ella una ofensa al honor del señor que no tuvieron valor para inferírsela personalmente, un ataque que pretende asegurarse la impunidad”²⁸. De este modo, “la seguridad del individuo se consigue colocándole bajo la salvaguardia de una paz que ha de garantizarle contra los ataques de que pudiera ser objeto”²⁹.

3. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

A lo largo de nuestro constitucionalismo histórico se observa una lenta y progresiva evolución en las manifestaciones del derecho a la intimidad. En este período, etapa principal del objeto de nuestra investigación, los legisladores de las sucesivas Cartas Magnas se centran principalmente en garantizar la inviolabilidad del domicilio como mecanismo de protección de la vida privada del individuo y de su seguridad individual. Con todo, se trata de una manifestación más bien orientada a frenar abusos de los poderes públicos. Quizás es por ello por lo que se puede apreciar cierta reiteración en las formulaciones de los textos constitucionales de los siglos XIX y XX.

3.1. Manifestaciones en los inicios del Constitucionalismo español

A pesar de tratarse de una Carta Otorgada y no una Constitución propiamente, aludimos inicialmente al Estatuto de Bayona, el cual recoge en su artículo 126, por primera vez en tal rango, que:

“La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable; no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por ley, o por orden que dimanase de autoridad pública”³⁰.

Desde la Constitución de 1812 se incluye en todas las Cartas Magnas de nuestro ordenamiento la protección del domicilio. Así, el texto de Cádiz reza en su artículo 306: “No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”³¹. Centrando la atención en esta redacción, “Romero Moreno destaca la similitud de aquel borrador con las Constituciones francesas

²⁸ ROVIRA, J.O., *Op. Cit.* p. 159, *apud* DE DIEGO ARIAS, J. L., “La Historia de la Intimidad como Derecho Fundamental” en *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, 2015, p.61.

²⁹ ROVIRA, J. O., *Op. Cit.*, p. 107.

³⁰ Constitución de 6 de julio de 1808, Bayona (*Gaceta de Madrid*, núm. 99, de 27 de julio de 1808)

³¹ Constitución política de la monarquía española, Cádiz, Imprenta Real, 19 de marzo de 1812.

de 1793 y 1795”³². Con respecto a lo establecido en la norma actual, “la Carta gaditana se refiere a una finalidad del allanamiento ausente en la Constitución de 1978: la de servir al ‘buen orden y seguridad del Estado’”³³. Por su parte, las Constituciones promulgadas durante la monarquía de Isabel II, de 1837 y 1845 lo recogen en sus artículos 7, en los siguientes términos: “No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”³⁴. En este período, la protección del domicilio estaba muy limitada por lo establecido en el artículo 8: “Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley”³⁵, de tal modo que la protección constitucional podía quedar invalidada por una ley de rango inferior.

Si bien puede parecer que carece de importancia esta regulación por no tratarse exactamente de una protección de la intimidad del individuo, debe entenderse que el objeto de esta investigación es demostrar que, desde los inicios del ordenamiento jurídico liberal ha habido siempre una intención por dar protección a la esfera privada de las personas.

3.2. La Constitución de 1869

Tras la Revolución de 1868, conocida como la Gloriosa, iniciándose entonces el Sexenio Democrático, se constituyó el Gobierno provisional integrado por los impulsores de la revolución y firmantes del Pacto de Ostende. En 1869, las nuevas Cortes Constituyentes manifiestan su intención de aprobar una nueva Constitución democrática, la cual sería ratificada el 1 de junio de ese mismo año tras meses de debates y negociaciones. Para ello se nombra una Comisión constitucional encargada de presentar un proyecto de Constitución a las Cortes para su posterior debate. Dicha comisión afirmaba en el mes de marzo, al presentar el texto a los grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados, que “por primera vez en España, el proyecto de Constitución desarrolla [...] los derechos

³² ROMERO MORENO, J. M. y PECES-BARBA, G., *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 67, *apud* CANOSA USERA, R., Derechos y libertades en la constitución de 1812. *Revista De Derecho Político*, núm. 82, 2011, p. 148.

³³ CANOSA USERA, R., *Op. Cit.*, p. 167.

³⁴ Constitución de la monarquía española de 18 de junio 1837 (*Gaceta de Madrid*, núm. 935, 24 de junio de 1837), y Constitución de la monarquía española de 23 de mayo 1845. (Suplemento a la *Gaceta de Madrid*, 23 de mayo de 1845, núm. 3904).

³⁵ *Id.*

individuales, condiciones indeclinables que forman el carácter del ciudadano”³⁶ y así era, pues este texto constituiría “la mayor y más completa sistematización en la regulación de los derechos y libertades de las Constituciones habidas en España hasta ese momento”³⁷, incluyendo el propio enunciado del título, por primera vez, la palabra “derechos”. La nueva Carta Magna está dotada de un “gran espíritu social y regenerador que anima los pueblos modernos, y está dotado de un carácter social”³⁸. El legislador afirma que, ante la vida moderna, cada ciudadano debe tener “garantidos sus propios derechos por algo que no dependa de la voluntad movible y tornadiza de las Asambleas políticas, [y] que la seguridad, la propiedad, la libertad queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia”³⁹ y declaran, así, la importancia de la magistratura como rasgo característico de su obra constitucional. El Título I de esta Constitución democrática bajo la rúbrica “De los españoles y sus derechos” introduce un conjunto de “atributos del individuo, producto de una soberanía individual que por primera vez se pretende concurrente con la nacional, y se deduce de la naturaleza humana”⁴⁰.

Es en este elenco de derechos fundamentales dónde se acuña, “con verdadero sentido de naturaleza y significación”⁴¹, la inviolabilidad del domicilio. La Constitución de 1869 va más allá de prohibir el allanamiento de morada como recogían sus antecesoras y acoge un concepto más amplio. El texto definitivo del artículo reza lo siguiente:

“Artículo 5º: Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro.

Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

³⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (en adelante DSCD). Legislatura 1869-1871. Apéndice al núm. 37, de 30 de marzo de 1869, pp. 1-2, *apud* PASCUAL LÓPEZ, S., “La inviolabilidad del domicilio en la Constitución de 1869”, *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002, p. 458.

³⁷ ASTARLOA VILLENA, F., “Los Derechos y Libertades en las Constituciones históricas españolas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 92, abril-junio, 1996, p. 207.

³⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª Edición. Tecnos, Madrid, 2012, p. 451.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ SERVÁN REYES, M.C., “La individualidad velada: Titularidad de derechos en el ámbito doméstico bajo el orden constitucional de 1869”, *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002, p. 428.

⁴¹ PASCUAL LÓPEZ, S., *Op. Cit.*, p. 459.

Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste”⁴².

Durante el debate a la totalidad del proyecto de texto constitucional, Romero Girón afirma que el domicilio es aquella “manifestación de [el derecho de las personas] en sus más altas relaciones, en las relaciones de la familia”⁴³. Por su parte, Moret define el domicilio como cuatro paredes las cuales “encierran lo que hay entre nosotros de legítimo y sagrado, el amor, el cariño, la propiedad, los recuerdos que encierra, cuanto en la constitución de nuestra vida y de nuestro afecto está guardado”⁴⁴. Es por ello por lo que, adicionalmente, resuelve: “¿por qué es sagrado e inviolable el domicilio? Porque es el origen del derecho, porque allí nace [y], desde el momento en que se viola el derecho, no hay derecho contra derecho”⁴⁵.

Los discursos en cuestión permiten vislumbrar como el legislador busca una salvaguarda de la vida familiar de los ciudadanos y crea para ello la protección del lugar donde se lleva a cabo la actividad, el domicilio. Apreciamos por tanto una evolución en la consideración de este derecho, pues “el domicilio o la casa deja de verse sólo como la fortaleza inatacable de posibles detenciones arbitrarias de la autoridad y comienza a entenderse como el ámbito de desarrollo de la vida íntima personal y familiar”⁴⁶. Figueras establece esta relación claramente afirmando que “al reconocer el derecho a la familia, era consecuencia indispensable reconocer la inviolabilidad del domicilio”⁴⁷. Es de este modo que podemos observar una inicial preocupación por salvaguardar la vida y seguridad individual de cada uno lo cual nos acerca al concepto que hoy en día conocemos como privacidad o, más concretamente, intimidad.

Salta a la vista al comparar la redacción de este artículo con aquellos que referencian un derecho similar en Constituciones anteriores la nueva fórmula léxica que se emplea. Se abandona la habitual referencia a la casa, menos concreta y de corte

⁴² Constitución democrática de la nación española, de 6 de junio de 1869 (*Gaceta de Madrid*. Núm. 158, de 7 de junio de 1869).

⁴³ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 51, de 16 de abril de 1869, p. 1121.

⁴⁴ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 44, de 8 de abril de 1869, p. 915.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ PASCUAL LÓPEZ, *Op. Cit.*, p. 465.

⁴⁷ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 42, de 6 de abril de 1869, pp. 849-876, *apud* PASCUAL LÓPEZ, *Op. Cit.*, p. 465.

medieval, en favor del “término domicilio como objeto de protección jurídica”⁴⁸. Del mismo modo, el texto constitucional comienza a vislumbrarse el alejamiento en el ámbito constitucional de la intención de castigar la acción del allanamiento en favor de proteger el domicilio como bien jurídico lo cual dará pie a resguardarlo como inviolable. Si bien en esta Constitución aún no se introduce la inviolabilidad del domicilio como terminología, sí se comienza a atisbar una preocupación por proteger la esfera privada del individuo por encima de la mera intención de condenar la entrada en la propiedad ajena. Ya no es una limitación a los abusos de poder de las fuerzas del orden sino una protección frente a cualquiera que no sea el morador del domicilio. Se puede comenzar a afirmar, de este modo, que el legislador comienza a introducir, implícitamente, la importancia del domicilio como lugar donde se lleva a cabo la vida íntima y, por tanto, digno de constituir objeto de protección constitucional, mostrando consecuentemente preocupación por la seguridad individual.

a. El debate en las Cortes Constituyentes del artículo 5

Inmediatamente desde la lectura del dictamen de la Comisión sobre el proyecto de Constitución, en los discursos en contra de la totalidad del texto se empieza a referenciar, repetidamente, los matices y las propuestas de modificación del artículo 5. Entrados ya en la discusión por artículos del texto propuesto, para el mencionado artículo, pasan por primera vez tres enmiendas a la comisión. Las discrepancias sobre el carácter y contenido del precepto se manifiestan en opiniones como, por ejemplo, la de Gonzalo Serrallara, quien defiende la necesidad de una inviolabilidad absoluta⁴⁹. Incluso se introducen modificaciones como la de Pedro Moreno relacionando dicho artículo con el 7, sobre protección de correspondencia y referenciando el modo de registro, días más tarde, habiendo el presidente de la cámara, dado por finalizado el debate⁵⁰.

En particular, con la seguridad individual como eje central de la cuestión, las Cortes Constituyentes mantuvieron un debate acerca del alcance de los derechos y, en cierto modo, sobre el conflicto entre seguridad individual y seguridad pública. ¿Puede la primera “llegar hasta el extremo de que, por no herirla en principio, se organice la función de la policía o de la justicia de manera que sea imposible o casi imposible la persecución

⁴⁸ PASCUAL LÓPEZ, *Op.cit.* p. 465.

⁴⁹ *Cfr. Id.*

⁵⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 464.

de los delitos?”⁵¹ ¿Puede la inviolabilidad del domicilio “llegar hasta el punto de crear obstáculos insuperables para que [...] se cumpla la justicia social, que no representa más que el derecho de cada individuo?”⁵² Estas preocupaciones se manifiestan en la cámara baja por motivo de la evolución que mencionábamos anteriormente del derecho: de mecanismo de limitación del poder público a protección absoluta del bien jurídico. No es en absoluto insólito que se dé esta preocupación puesto que, por las circunstancias de la época, la preocupación por la seguridad pública era claramente superior que la expresada frente a la individual y, este derecho, limitaba la acción de protección de la primera e incrementaba el de la segunda.

En las Constituciones previas, el legislador acostumbraba a apoyarse en la fórmula “con arreglo a las leyes” para determinar los límites y excepciones a algunos derechos constitucionalmente garantizados puesto que, “en una ley constitucional, por su naturaleza y por conveniencia tan poco flexible, una vez adoptado un error tiene difícil remedio”⁵³. Sin embargo, tanto la comisión como un amplio número de distinguidos diputados de las Cortes Constituyentes optaron por omitir tal referencia con la intención de “evitar una crítica ligera que se había hecho en los periódicos de la fórmula”⁵⁴. Es por ello, que la comisión en su proyecto hace que el texto comprenda “casos extraordinarios, como las inundaciones, los incendios y otros peligros semejantes”⁵⁵. Cabe apuntar, que los supuestos y excepciones que el texto definitivo de la Constitución de 1869 recoge, son de vital importancia pues, sin ellos, tal y como afirmaba Romero Girón como de la Comisión constitucional, “el derecho individual, [...] considerado en absoluto, es un principio antisocial”⁵⁶. Argumentan, además, las Cortes Constituyentes, que los límites a la inviolabilidad del domicilio no son una “restricción del derecho individual sino un límite a la exageración del derecho [pues] es necesario deponer algo de los derechos para que tengamos de los demás suficientes garantías”⁵⁷.

Existía entonces cierta preocupación entre los parlamentarios por la posibilidad de que se diesen abusos gubernamentales y de que estos pudiesen llevarse a cabo a través

⁵¹ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 44, de 8 de abril de 1869, p. 928.

⁵² *Id.*

⁵³ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 44, de 8 de abril de 1869, p. 929.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 51, de 16 de abril de 1869, p. 1121.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 53, de 19 de abril de 1869, p. 1165.

de allanamientos o intrusiones en el domicilio. Ésta se hace latente durante el debate de las Cortes Constituyentes acerca del artículo 5, relativo a la inviolabilidad del domicilio. Durante dichas intervenciones, surge entre las enmiendas aquella que requiere de la supresión de la fórmula “de día, pero no de noche” que contenía el proyecto inicial de la comisión, para limitar temporalmente los supuestos en los que cabía, como excepción, la entrada en el domicilio sin consentimiento del propietario. Curiel y Castro, como uno de los firmantes de la petición de enmienda argumenta, durante su discurso en pro, que en ese “artículo, no es a esas autoridades [gubernativas] a las que se les deja la facultad de penetrar en el domicilio; es a la autoridad judicial”⁵⁸, motivo por el cual debía dejarse a un lado el recuerdo que, por la historia entonces reciente, tenían en mente muchos parlamentarios de los “sobresaltos y atropellos motivados por frecuentes visitas nocturnas protagonizadas por agentes de la autoridad del régimen absoluto”⁵⁹. Como ya había mencionado Segismundo Moret previamente en el debate, los tribunales estaban revestidos de todas las garantías que se les habían procurado y no se podía negar en base a ningún principio liberal, que toda determinación de la existencia de una infracción del derecho correspondía a los tribunales⁶⁰.

Con todo, y aun sin tomar en consideración las experiencias del régimen anterior, la comisión afirmó que debía entenderse que en ningún caso podía sustraerse la inviolabilidad domiciliaria a la noche. Por un lado, durante el debate se argumenta que, a nivel formal, las autoridades cuentan, en todo caso, con medios más que suficientes para mantener la seguridad y el orden público, incluso, y siguiendo el ejemplo de Curiel y Castro, cuando un delincuente se encontrase en un domicilio, bien propio, bien ajeno, sin requerir la entrada de éstas en el mismo⁶¹. Por otro lado, conviene advertir que esta justificación no hace más que reafirmar la intención del legislador de proteger la esfera privada del individuo, la cual principalmente tiene lugar en el domicilio, y particularmente en las horas que con mayor certeza se va a permanecer en él.

⁵⁸ *Ibid*, p. 1167.

⁵⁹ PASCUAL LÓPEZ, *Op.cit.* p. 463.

⁶⁰ *Cfr. DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 44, de 8 de abril de 1869, p. 915

⁶¹ *Cfr. DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 53, de 19 de abril de 1869, pp. 1161-1201.

b. El registro del domicilio y de papeles y efectos

La redacción del artículo 5 de la Constitución de 1869 es la más extensa de la historia del Derecho constitucional español relativa a la inviolabilidad del domicilio o allanamiento de morada. Las Cortes Constituyentes no sólo recogen una lista cerrada de supuestos excepcionales en que el derecho ampararía una intromisión en el domicilio de un ciudadano español, sino que, por un lado, lo extienden a nacionales y residentes; y, por otro, regula, por primera vez desde el ámbito constitucional, “en el propio precepto la forma en que ha de procederse al eventual registro domiciliario”⁶². Tan acertada y garantista es dicha regulación formal del registro, que se mantendrá, casi en los mismos términos, en la posterior Constitución de 1876 y que pasará, igualmente, al texto republicano de 1931⁶³. La consideración de este derecho como aquel que protege la vida privada de las personas justifica que “el registro de papeles y efectos se rodee de las mismas garantías que la propia violación de la morada”⁶⁴. De este modo se entiende que la intención del legislador es proteger no sólo la entrada en el domicilio sin mediar consentimiento del dueño sino otras “acciones igualmente reprochables como el registro”⁶⁵.

En estrecha relación con el artículo 5 objeto del presente análisis, el artículo 8 del mismo texto constitucional establece una serie de exigencias en relación con el registro. Así, éste reza:

“Artículo 8º. Todo auto de prisión, de registro de morada, o de detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado. Cuando el auto carezca de este requisito, o cuando los motivos en que se haya fundado se declaren en juicio ilegítimo o notoriamente insuficientes, la persona [...] cuyo domicilio hubiere sido allanado, o cuya correspondencia hubiere sido detenida, tendrá derecho a reclamar del juez que haya dictado el auto una indemnización proporcionada al daño causado [...]”⁶⁶.

Estas especificaciones no hacen más que reafirmar la intención del legislador de dar protección a todos los ámbitos posibles de la esfera privada de la vida de los sujetos del derecho dentro del lugar protegido, el domicilio.

⁶² ESPÍN TEMPLADO, E., “Fundamento y Alcance del Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, p. 42.

⁶³ *Cfr. Id.*

⁶⁴ PASCUAL LÓPEZ, *Op.cit.* p. 466.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Constitución democrática de la nación española, de 6 de junio de 1869 (*Gaceta de Madrid*. Núm. 158, de 7 de junio de 1869).

3.3. La Constitución de 1876

La Constitución de 1876 cuenta con una “declaración [de derechos] más restringida y restrictiva que la de 1869”⁶⁷. En comparación con su antecesora, en ésta desaparece la cláusula general de “ilegislabilidad” e introduce una “remisión frecuente a las leyes posteriores para desarrollar los derechos, suponía, en la práctica, la posible restricción de los mismos”⁶⁸. En otras palabras, tras la revolución de 1868, aunque de manera ambigua y pobre, se había procurado considerar los derechos constitucionales como naturales y, por tanto, ilegislables, cuyo contenido limitaba no sólo la actividad de los ciudadanos sino de todos los poderes públicos, incluido el legislador. Sin embargo, Cánovas a la hora de promulgar esta nueva Constitución, consideraba que “los derechos individuales se limitan el del uno por el otro, mediante la ley [...] para asegurar por medio de la legislación la libertad de cada derecho individual, que no podría estar asegurado por sí solo”⁶⁹.

La nueva Carta Magna recogió “casi íntegramente la tabla de derechos inserta en la Constitución de 1869, pero restringía el ejercicio de los derechos individuales al remitir su desarrollo en leyes ordinarias”⁷⁰. Este freno, recogido en el artículo 14, “reservaba a futuras leyes ordinarias la regulación de los mismos, advirtiendo que nunca podrían ejercerse con menoscabo de los derechos de la nación ni de los atributos del poder público”⁷¹. De esta forma, toda la parte dogmática del texto constitucional contenía derechos que habían sido convertidos en “recipientes vacíos de contenido”⁷². Adicionalmente, el artículo 17, “la verdadera trampa de la regulación de los derechos en la Constitución de 1876”⁷³, “permitía suspender, mediante ley, algunos derechos y libertades [entre ellos la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia] cuando así lo exigiese la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias”⁷⁴.

⁶⁷ ASTARLOA VILLENA. *Op. Cit.*, p. 238.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ DSCD. Legislatura de 1869-1871. Núm. 126, de 14 de julio de 1869, p. 3729.

⁷⁰ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Compendio de Historia del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2009, p. 315.

⁷¹ TOMÁS Y VALIENTE, *Op. Cit.*, p. 457.

⁷² *Id.*

⁷³ BILBAO, J. M. “Cien años de lucha por las libertades: la accidentada historia de los derechos fundamentales en la España del siglo XX”, en PÉREZ PRENDES, J.M., *et. al.*, *Derechos y Libertades en la Historia*, Universidad de Valladolid, 2003, p. 205.

⁷⁴ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “Los derechos fundamentales de la España del siglo XX”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, p. 476-477

Este texto constitucional recoge la inviolabilidad del domicilio en su artículo 6º en los siguientes términos:

“Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo”⁷⁵.

Adicionalmente, el artículo 7 garantizaba la inviolabilidad de correspondencia estableciendo: “No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”⁷⁶. Ambos artículos, como se viene mencionando a lo largo de este trabajo, no hacen más que demostrar la preocupación del legislador por proteger la esfera privada del individuo a través de la garantía de que ninguna persona podría violar espacios como el domicilio o objetos que pudiesen contener información privada como el correo. De nuevo, teniendo en cuenta estas consideraciones, puede afirmarse que constituyen antecedentes a lo que posteriormente se denominará derecho a la intimidad.

La terminología empleada en la Constitución de 1876 mantiene el concepto de domicilio que ya había introducido la de 1869 si bien, recupera la fórmula “con arreglo a las leyes”, lo cual supone una posibilidad de limitar el derecho con normas de rango inferior al constitucional. “Los derechos, pues, quedaban a merced del legislador de turno y no eran en rigor tales de no existir la *interpositio legislatoris*”⁷⁷. Este apunte está contenido en la mayoría de los derechos que constituyen la parte dogmática del texto, sin embargo, “sólo se llegaron a promulgar la Ley sobre el Derecho de reunión de 15 de junio de 1880 y la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887”⁷⁸.

Dado que durante el periodo histórico en que estuvo vigente la Constitución de 1876 no se publicó ninguna ley que expresamente desarrollase lo contenido en el artículo 6 relativo a la inviolabilidad del domicilio, la regulación de este derecho era claramente ambigua. La única concreción que pueda encontrarse respecto a ello será en el Código Penal vigente en aquel momento, el de 1870. Observamos de esta manera, como la protección del domicilio queda relegada al ámbito penal el cual se abordará más adelante.

⁷⁵ Constitución de la Monarquía española. (*Gaceta de Madrid*, núm. 184, de 2 de julio de 1876).

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ VARELA SUANCES-CARPEGNA, J., “La Constitución de 1876 y la organización territorial del Estado”, *Iura Vasconiae*, núm. 10, 2013, p. 26.

⁷⁸ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Op. Cit.*, p. 314.

Sí podemos afirmar de momento que, dado que no hay leyes que establezcan las excepciones tasadas a la entrada en el domicilio, las únicas prohibiciones reales de dicha acción serán aquellas penadas por el código penal como allanamiento de morada.

3.4. La Constitución 1931

Con la instauración de la Segunda República española, se materializa la intención de promulgar una nueva Constitución. Los autores del nuevo texto trataron de reflejar los más destacados avances tanto sociopolíticos como jurídicos de la época y el resultado demuestra la influencia de textos como la Constitución mejicana de 1917 o la Constitución alemana de 1919, particularmente en lo relativo al articulado de derechos recogido en el Título III de la misma, engrandeciendo el territorio de los derechos del hombre, no sólo sus derechos individuales sino también los colectivos, y procurando que esta declaración de derechos no fuese una declamación de derechos, como se dijo al discutirse la Constitución de Weimar⁷⁹.

En lo que respecta a la protección de la vida privada, como ya hemos adelantado esta será la última Constitución española que no incluya el derecho a la intimidad pues, su sucesora y actual Carta Magna, de 1978, será quien lo introduzca. Sin embargo, podemos vislumbrar, de nuevo que ciertos preceptos de la Constitución de la Segunda República sí buscan proteger la vida privada del individuo. Así, encontramos el artículo 31 el cual, en su párrafo 4º establece:

“El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a la presencia del interesado o de persona de su familia y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo”⁸⁰.

De nuevo la redacción del artículo mencionado que protege la inviolabilidad del domicilio incluye bajo su amparo no sólo los domicilios de los nacionales sino, adicionalmente, los de aquellos extranjeros que residan en territorio nacional del Estado español. Se trata de una protección que no se confiere a los españoles por el hecho de serlo, sino que busca salvaguardar el domicilio de toda persona que en el territorio donde es aplicable resida. No es un mero derecho otorgado a los ciudadanos del país, es una

⁷⁹ Cfr. *DSCD*. Legislatura de 1931-1933. Núm. 28, de 27 de agosto de 1931, p. 646.

⁸⁰ Constitución de la República española (*Gaceta de Madrid*, núm. 343, de 09 de diciembre de 1931).

protección del domicilio como bien jurídico por ser éste el lugar donde se desarrolla la vida privada del individuo bien sea nacional o bien no lo sea.

A diferencia de su predecesora, la Constitución vigente durante reinado de Alfonso XII, ésta evita remitir el desarrollo de los límites de la protección de este derecho a normas de inferior rango. Por el contrario, recoge específicamente cual será el supuesto en que no operará la inviolabilidad del domicilio: “en virtud de mandamiento de juez competente”. El léxico empleado para establecer dicho límite fue objeto de debate en las Cortes Constituyentes de la República española. En este sentido, Cornide reclama a la comisión, a través de una enmienda⁸¹ al mencionado artículo, que se eleve a rango de auto fundado el requerimiento de mandamiento judicial pues, con la redacción propuesta por la comisión, podría darse una intromisión en el domicilio por mera providencia⁸². Demuestra Cornide la preocupación por asegurar la protección implícita de la vida privada a un nivel suficientemente alto como lo es con el requerimiento de una decisión judicial fundada y motivada como es un auto. Con todo, la comisión consideró que era suficiente depositar la confianza en el arbitrio de los tribunales sin necesidad de exigir que la decisión tuviese rango de auto.

Durante el debate de la Constitución, también preocupaba de la redacción propuesta por la comisión a los señores diputados de las Cortes Constituyentes que no se haya recuperado la limitación a los registros en casos tasados a las horas del día, excluyendo en todo caso la posibilidad de entrada, aun con mandato de autoridad judicial, durante las horas de la noche. En pro de este argumento presentan enmiendas⁸³ Barriomero y Franco Bahamonde. Justifican dichas enmiendas, por un lado, por la preocupación por los registros abusivos que puedan llevarse a cabo por parte de las autoridades y, por otro, por coherencia con textos de igual rango de países vecinos como Francia⁸⁴. En contra, argumenta Jiménez de Asúa como de la comisión que dichas enmiendas son rechazadas dada la modernidad de los tiempos, en tanto en cuanto causa la misma molestia un registro del domicilio durante las horas del día como durante las horas de la noche⁸⁵. Nos

⁸¹ *Vid. DSCD*. Legislatura de 1931-1933. Apéndice 8º al núm. 43, de 23 de septiembre de 1931.

⁸² *DSCD*. Legislatura de 1931-1933. Núm. 47, de 30 de septiembre de 1931, p. 1324.

⁸³ *Vid.* respectivamente: *DSCD*. Legislatura de 1931-1933. Apéndice 6º al núm. 39, de 16 de septiembre de 1931; y *DSCD*. Legislatura 1931-1933. Apéndice 12º al núm. 46, de 29 de septiembre de 1931.

⁸⁴ *Cfr. DSCD*. Legislatura 1931-1933. Núm. 47, de 30 de septiembre de 1931, pp. 1324-1325.

⁸⁵ *Id.*

encontramos, por tanto, ante una pérdida de cierta protección de la esfera privada puesto que se pierde la protección absoluta del domicilio durante las horas tasadas de la noche que propinaba la Constitución de 1869.

Si bien no existe remisión constitucional a normas de rango inferior para desarrollar el precepto, la Ley de Orden Público de 1933 sí lo hace, estableciéndose, en ella, ciertos supuestos en los cuales cabría la entrada en el domicilio particular. Así, su artículo 16 establece lo siguiente:

“Los Agentes de la Autoridad o la fuerza pública no necesitarán mandamiento judicial para entrar en mi domicilio en los tres únicos y excepcionales casos que siguen:

1.º Cuando fueren agredidos o se atentare contra los mismos desde el domicilio en cuestión;

2.º Cuando persiguiendo, inmediatamente después de cometido el delito, a un delincuente sorprendido “in fraganti” se refugiase éste en su propio domicilio o en el ajeno.

3.º Cuando fuese necesario prestar auxilio a las personas o evitar daño inminente en las cosas”⁸⁶.

La misma ley preveía, cuando se aprobase el Estado de Alarma, la autorización a la autoridad civil de entrada en cualquier domicilio y el registro de papeles y efectos en presencia de autoridad gubernamental o delegado suyo provisto de orden oficial y escrita⁸⁷, sin embargo, se trata de una situación excepcional en la cual quedan limitados numerosos derechos individuales.

4. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

La protección constitucional del domicilio prevé una salvaguarda a la esfera privada del individuo. No es menos cierto que las fórmulas son múltiples y la redacción poco concreta, sin embargo, la intención existe. Hemos visto cómo la inviolabilidad del domicilio es un derecho contenido en todos los articulados de nuestras Constituciones históricas, si bien presenta matices y diferenciaciones en cada época constitucional la cual se hace en tanto más evidente cuando se analiza de manera paralela con la legislación penal que regula el allanamiento de morada.

⁸⁶ Ley de orden público y de los órganos de su conservación. (*Gaceta de Madrid*, núm. 211, de 30 de julio de 1933).

⁸⁷ *Id.*

4.1. La regulación penal de 1848 y 1870

La Constitución de 1869 introduce el concepto de inviolabilidad del domicilio, aunque con otros términos, como derecho fundamental. Se apuntaba anteriormente, por una parte, el uso de una nueva fórmula léxica, “domicilio”, para denominar el objeto de protección jurídica en lugar del término casa y, por otro, el abandono del término allanamiento a nivel constitucional para denominar la entrada en el domicilio ajeno por parte de particulares. Se da en este contexto una preferencia por la protección del domicilio a nivel constitucional, relegando casi por completo el concepto de allanamiento al ámbito penal. Este abandono constitucional de dicha terminología no es absoluto, pues en lo relativo al delito de allanamiento, si bien sólo obtiene protección constitucional implícita a la hora de proteger la entrada al domicilio, sí obtiene reconocimiento constitucional explícito cuando es llevado a cabo por un funcionario público tal y como recoge el artículo 9 de la Carta Magna en cuestión.

En el momento de la ratificación de la Constitución, se encontraba aun vigente el Código Penal de 1850, que reformaba el anterior del régimen liberal doctrinario de 1848. “En la mayoría de los casos, los reos de allanamiento de morada en España han sido los agentes de la autoridad”⁸⁸. Es quizás por ello que en el Código Penal de 1822 no se encontraba recogido como delito el allanamiento sino cuando se trata de empleados públicos. En este sentido, dado que “la autoridad debe respetar la jurisdicción que dentro de su domicilio ejerce el ciudadano”⁸⁹, el artículo 290 del Código Penal de 1848 recoge el delito de entrada en domicilio ajeno de un empleado publico en abuso de sus potestades. Este límite a la actuación de los funcionarios públicos encuentra sus antecedentes en numerosos códigos extranjeros, como son: el código francés, en su artículo 184; el código napoleónico, artículo 233; y el código brasileño, artículo 209⁹⁰. Apunta, además, Pacheco la concordancia de este artículo con el artículo 243 del Código Penal español de 1822 el cual establece que el funcionario público que entre en casa de un español será considerado “reo de atentado contra la libertad individual”⁹¹. Esta denominación no hace más que reiterar la confirmación de nuestra hipótesis de que la intención de proteger la intimidad de la persona ya estaba contenida en códigos del siglo XIX, aunque se emplease, para

⁸⁸ *DSCD*. Legislatura 1869-1871. Núm. 51, de 16 de abril de 1869, p. 1118.

⁸⁹ *Ibid*, p. 1119.

⁹⁰ PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 3 Tomos, Imprenta de D. Santiago Saunaque, Madrid, 1848. *Vid.* Tomo II, pp. 468-469.

⁹¹ *Ibid*, p. 469.

ello, otra terminología y se limitase la intromisión sólo en supuestos de autoridades públicas.

El Código Penal de 1848 introduce como novedad en la legislación penal española la prohibición de allanamiento por parte de particulares y no sólo de aquellos al servicio de la administración. Su artículo 404, lo recoge como delito, seguido de las excepciones recogidas en el artículo 405 para supuestos de mal grave o prestación de servicios a la humanidad o a la justicia. El primero de estos encuentra concordancia con la ley 2, título 4º, libro VI del Fuero Juzgo, así como con el Código francés en su artículo 184⁹². Se advierte de este modo, que el legislador no ve el delito de allanamiento de morada sólo como una forma de proteger al individuo de pesquisas, persecuciones de la tiranía de un Gobierno y de las autoridades gubernativas⁹³, o de cualquier tipo de abuso de posición de autoridad con motivación política. Tampoco considera éste indispensable que se use fuerza o amenaza, sino que basta con que la acción contraríe la voluntad del morador⁹⁴. Sin alejarse de la preocupación por quien sea el sujeto que lleva a cabo el allanamiento, se incluye en el listado de delitos aquel que protege el objeto allanado. De nuevo, se observa cómo el legislador utiliza el domicilio como medio para proteger la vida privada y familiar del individuo evidenciando una vez más que una primera intención de proteger la intimidad de la persona.

Será en 1870 cuando se apruebe un nuevo Código Penal por parte de las Cortes Constituyentes. Será objeto de análisis, por tanto, de este nuevo texto, su artículo 504, que recoge como delito el allanamiento de morada por parte de particulares, así como las excepciones a éste en el artículo 505. Este nuevo código regulará dichos actos delictivos en términos similares, casi idénticos, a los contenidos en el código anterior. Sin embargo, a pesar de que la consideración del allanamiento de morada como delito incluso cuando se lleve a cabo por un particular es un gran avance en la protección del domicilio y, por consiguiente, de la libertad y seguridad del individuo, existe un aspecto que condiciona esta protección. Tanto Pacheco, en su publicación de 1848 comentando el Código Penal publicado ese año, como Viada y Vilaseca, en su Código Penal de 1870 comentado, abordan la cuestión de la entrada en el domicilio cuando no haya efectiva y real prohibición por parte del morador. Pacheco por su parte opta por juzgar cada caso según

⁹² PACHECO, J. F., *Op. Cit., Vid.* Tomo III, p. 263.

⁹³ *Cfr. DSCD.* Legislatura 1869-1871. Núm. 53, de 19 de abril de 1869, p. 1167.

⁹⁴ *Cfr. PACHECO, J.F., Op. Cit., Vid.* Tomo III, p. 265.

sus circunstancias particulares, atendiendo a aspectos como la presunción de posibilidad de entrada en caso de que la puerta principal se hallase abierta⁹⁵. Viada y Vilaseca, en contraposición, afirma que “no puede existir el delito de allanamiento de morada, cuando se entra en ésta sin que el morador lo sepa ni se oponga; sino que es preciso [...] que la introducción en la morada ajena se verifique contra la expresa voluntad del dueño”⁹⁶. Esta postura la justifica en el empleo de la preposición “contra”, la voluntad del morador, en la redacción del Código de 1870 en lugar de la preposición “sin”⁹⁷.

En lo relativo a la redacción del artículo 215 que recoge el allanamiento por parte de un funcionario público, sancionando las posibles acciones abusivas de dichos cargos en el ámbito de registros, éste presentará notables diferencias respecto a lo establecido en el Código anterior de 1848. La nueva redacción de este último precepto demuestra, de nuevo, el léxico actualizado de este concepto, recurriendo al término domicilio en lugar de morada. Adicionalmente, el artículo 216 recoge como delito la entrada en el domicilio y el registro de papeles y efectos de un particular por parte de la autoridad judicial, en concreto, cuando ésta se haga de noche y fuera de las excepciones recogidas en el propio precepto constitucional.

Adicionalmente, cabe interpretar el artículo 5 de la Constitución de 1869 según el párrafo 4º del artículo 16 del Código Penal reformado en 1870, “el cabeza de familia que deniega a la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio para aprehender al delincuente que se hallare en él, es considerado, si supiere la perpetración del delito, como encubridor”⁹⁸. En este sentido, afirma Escriche que dicha disposición pretende “refrenar los abusos a que daba lugar”⁹⁹ esta protección constitucional del domicilio del artículo 5.

Tal y como se apuntaba en el apartado anterior, la Constitución de 1869 recoge por primera vez una concreción sobre el modo en que debe de llevarse a cabo el registro. Consecuentemente, la Ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de diciembre de 1872, en el título 10 de su libro primero, “trata de las formalidades con que debe efectuarse la entrada

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ VIADA Y VILASECA, S., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Est. Tipográfico de Luis Tasso, Barcelona, 1874, p. 741.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3 Tomos, Imp. de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874. *Vid.* Tomo I, p.472.

⁹⁹ *Ibid.*, *Vid.* Tomo II, p. 819.

y registro en lugar cerrado, de día o de noche, por el juez instructor o el tribunal que conocieren de una causa criminal”¹⁰⁰. En esta ley se recoge de manera exhaustiva el modo de llevar a cabo los registros y las entradas en todo tipo de estancias, lugares o edificios, diferenciados por el uso que se les da o por su función. Se observa por tanto como, a nivel legislativo, se recurre a la protección de otros espacios los cuales análogamente se protegen de registros e intrusiones exacerbadas por parte de funcionarios y autoridades.

4.2. El Código Penal de 1928

Para el legislador español era evidente que la regulación penal a principios del siglo XX requería de una importante reforma, lo cual podemos advertir con propuestas y proyectos de códigos penales como el de Bugallal, Alonso Martínez o Silvela¹⁰¹. Concreta Jiménez de Asúa que los dos grandes defectos del Código Penal de 1870 son: “poseer una orientación dudosa o anacrónica, y ser duro en demasía para los tiempos de hoy”¹⁰². Si bien los mencionados proyectos de reforma no llegaron a prosperar, será con la instauración del régimen dictatorial de Primo de Rivera cuando se lograra la promulgación de un nuevo texto reformado. El Código penal de 1928, se caracteriza por su dureza represiva, lo que se justifica por las circunstancias políticas que lo rodearon, y su breve vigencia coincidente con el régimen dictatorial¹⁰³. Como norma jurídica, es ciertamente controvertida en lo que respecta a la protección del individuo pues, no sólo nace en un régimen de corte autoritario e intervencionista, sino que “corresponde, además, al sector del ordenamiento jurídico que, como se sabe, es el más sensible para medir y manifestar el grado de libertad ciudadana”¹⁰⁴. No obstante, del mismo modo que los Códigos mencionados anteriormente, procura cierta protección al domicilio del individuo y demuestra a través de las novedades que introduce en esta materia, una clara intención por proteger aspectos de la esfera privada del individuo la cual se lleva a cabo, principalmente, en el domicilio.

¹⁰⁰ *Ibid.*, *Vid.* Tomo I, p. 473.

¹⁰¹ *Cfr.* ANTÓN ÓNECA, J., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXV, 1972, pp. 249-288.

¹⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El nuevo Derecho Penal*, Ed. Paez, Madrid, 1929, p. 148.

¹⁰³ *Vid.* ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Madrid, 1949, pp. 65 y ss; BARBERO SANTOS, M.: *Política y Derecho Penal en España*, Tucar, Madrid, 1977, pp. 57 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Op. Cit.*, pp. 147 y ss; TOMÁS Y VALIENTE, J. *Op. Cit.*, pp. 537 y ss; por todos *apud* LUENGO ZARZOSO, M., *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense*, Universidad de Valencia, Valencia, 2015, p.49.

¹⁰⁴ COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXII, 2012, p. 562.

La gran aportación de este Código a diferencia de los anteriores es la incorporación de un capítulo que titula precisamente como “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”. Se trata de una serie de preceptos cuya realidad se funda exclusivamente en la existencia de tal derecho. En este sentido, se incluyen en el Capítulo II, del Título XIII relativo a los delitos contra la libertad y seguridad individuales, los siguientes artículos:

“Artículo 668: El particular que entrare en morada ajena o se mantuviere en ella contra la voluntad de su morador será castigado con la pena [...].

Artículo 669: Se entenderá que la entrada en el domicilio ajeno se verifica contra la voluntad del morador, no solamente cuando éste manifieste su oposición a que esa entrada se realice, sino cuando de algún modo conste o se suponga fundadamente su oposición, o no preceda su expreso o tácito asentimiento.

Artículo 670. Para proceder por los delitos comprendidos en este capítulo cuando no se hubiere empleado fuerza, violencia o intimidación, será necesario denuncia verbal o escrita del agraviado”¹⁰⁵.

Destaca de esta redacción la tipificación de la conducta pasiva. En los códigos anteriores hemos visto cómo se daba consideración de delito a la acción de entrada en domicilio ajeno a quien lo hiciera en contra de la voluntad del morador. Sin embargo, la nueva redacción “castiga también la conducta consistente en mantenerse en la morada contra la voluntad del morador”¹⁰⁶, enfatizando de este modo el legislador la relevancia de la decisión del dueño del domicilio.

En lo que respecta a la voluntad del morador, la falta de concreción de los textos de regulación penal anteriores llevaron a la Sala segunda del Tribunal Supremo a pronunciarse afirmando que se considerará manifiesta la falta de voluntad, “elemento esencial de este delito, siempre que no haya precedido el asentimiento expreso o tácito de aquél, sin que pueda decirse que hubiere mediado violencias cuando no ofreciere dificultades la entrada ni se hallasen en ella, sino en otra estancia de la casa, los que hubieran de haberse opuesto”¹⁰⁷. El Código Penal de 1928 acoge esta aportación jurisprudencial y la recoge, expresamente, en su artículo 669 lo cual debe destacarse como una de las grandes aportaciones de este Código en materia de protección del domicilio.

¹⁰⁵ Código Penal (*Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

¹⁰⁶ LUENGO ZARZOSO, M., *Op. Cit.*, p. 51.

¹⁰⁷ STS 714/1888 de 17 de noviembre de 1888

Adicionalmente, el artículo 670 califica estos delitos como privados, requiriendo “denuncia verbal o escrita del agraviado”¹⁰⁸.

De estos artículos recogidos en el Código bajo la rúbrica de “delitos contra la inviolabilidad del domicilio”, podemos extraer una clara preocupación por parte del legislador de conferir libertad de decisión al morador a la hora de determinar cuándo considera que su espacio ha sido violado. Esta inquietud se justifica, como venimos afirmando, en la intención del legislador de proveer al dueño del domicilio de plena capacidad de protección del lugar en el cual desarrolla los aspectos más privados de su vida. Advertimos, por tanto, como, incluso en un texto nacido de un sistema autoritario de gobierno, donde por definición se podría afirmar que los derechos individuales deberían ser más limitados que en aquellos sistemas de corte más liberal, se sigue manteniendo esa protección a la esfera de la vida privada del individuo que hoy conocemos como intimidad destacando, de esta manera, su importancia para el legislador.

5. CONCLUSIONES

El papel de la historia del derecho es de vital importancia a la hora de comprender la razón de ser de su regulación actual. Pocas son las incorporaciones a nuestro ordenamiento jurídico que aparecen sin antecedentes expresos o tácitos de épocas anteriores o, incluso, de otros ordenamientos que influyen en el nuestro. El derecho a la intimidad no es excepción. Extensa es la lista de autores que han dedicado esfuerzos a su estudio, pero mucho más reducida es aquella de quienes han investigado su procedencia, convirtiendo este tema en poco concreto y de escaso valor a pesar de su gran importancia. Es por ello por lo que a lo largo de este trabajo hemos procurado demostrar lo erróneo de limitar a la mención del artículo de Warren y Brandeis como antecedente del derecho a la intimidad si bien es innegable que la concreción del concepto de privacidad y la manifestación de la necesidad de regulación autónoma es aportación de dicho artículo y ostenta un gran valor doctrinal que nuestros textos han heredado.

De los antecedentes que se han evidenciado a lo largo de este trabajo, podemos extraer que se da una evolución en la protección de la esfera privada del individuo, a través de aquella que sufre la inviolabilidad del domicilio en paralelo con el allanamiento

¹⁰⁸ Código Penal (*Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

de morada. Para calificar propiamente de evolución al desarrollo histórico-jurídico que ha sufrido este derecho hemos determinado una concepción originaria que justifica la razón de ser de la protección del domicilio en el momento inicial de nuestro estudio, así como una final. Como intención inicial, encontramos aquella inclusión por parte del legislador de una prohibición de hacer, esto es, la prohibición de entrada en el domicilio salvo en casos expresamente permitidos, cuando no se contase con autorización del dueño o morador. Sin embargo, los avances en el desarrollo de este derecho han permitido alcanzar una consideración final de la inviolabilidad del domicilio como una obligación pasiva de terceros de no hacer frente al morador.

Nuestro estudio se ha centrado en resaltar los principales argumentos que llevan a considerar, la inviolabilidad del domicilio, como antecedente del derecho a la intimidad, los cuales procedemos a sintetizar. En primer lugar, destacamos como en legislador, en 1869, destaca la estrecha relación del domicilio con las relaciones personales y de familia, las cuales considera como sagradas¹⁰⁹. De este modo se observa cómo la razón de ser de la protección del domicilio no es la de salvaguarda del espacio por el hecho de ser un bien o una propiedad sino por ser el lugar donde se lleva a cabo los aspectos más privados de la vida del individuo. Así mismo, se inicia en ese período un debate que se repetirá décadas más tarde a cerca de la protección que se debe conferir al domicilio durante las horas de la noche. De nuevo esta protección se confiere con el fin de resguardar la vida privada que el individuo lleva a cabo, principalmente, en su domicilio.

Es habitual en las Constituciones del siglo XIX, a excepción de la de 1869, que la regulación de la inviolabilidad del domicilio sea escasa y falta de concreción con remisiones a leyes de inferior rango. Por lo tanto, dado que nuestras Constituciones históricas, moderadas y doctrinarias, se limitan a regular la inviolabilidad del domicilio como mecanismo para frenar los abusos de los poderes públicos, es requisito indispensable para analizar correctamente la protección de la vida privada del individuo recurrir a la regulación penal. De este modo, a través de los distintos articulados de los códigos penales que se han sucedido en nuestro ordenamiento jurídico, podemos advertir como se garantiza, en ellos, la inviolabilidad del domicilio frente a la intromisión de cualquier tercero, a través de la penalización del allanamiento de morada.

¹⁰⁹ *Vid.* epígrafe 3.2. del presente trabajo.

Adicionalmente, cabe destacar en esta síntesis final cómo las circunstancias sociopolíticas de las distintas épocas han influido en la evolución de la protección del domicilio en tanto en cuanto, con el paso del tiempo y la democratización de nuestro sistema, se incrementa progresivamente la salvaguarda de la seguridad individual. Este aspecto ha sido muy controvertido, particularmente en tiempos de la Constitución de 1869, puesto que dicha seguridad privada se veía como un posible menoscabo en situaciones excepcionales de la seguridad pública. El legislador se vio obligado entonces a proveer al derecho de unos límites tasados con el fin de asegurar que la protección del domicilio individual supusiese, en la menor medida posible, un mecanismo de evasión de las fuerzas del orden y asegurar, de este modo, el cumplimiento de la ley y su posibilidad de hacerse efectivo.

Los límites que debe tener el derecho a la inviolabilidad del domicilio y, más concretamente, el modo en que deben recogerse dichos límites en el ordenamiento jurídico ha sido también objeto de debate a lo largo del Constitucionalismo español. En este sentido, ha habido una gran preocupación por el alcance que debe tener el derecho y sobre la posibilidad de que sea éste absoluto. Si bien ha habido unanimidad a la hora de entender la necesidad de límites al mecanismo de seguridad individual para garantizar que no hubiese un menoscabo en la seguridad pública, hemos advertido la complejidad de los mecanismos para determinarlos. De este modo, en la Constitución de 1869 se optó por una lista de excepciones recogida expresamente en el propio texto, mientras que en aquellas que la sucedieron se recurrió a la remisión a las leyes de rango inferior para su desarrollo. Con todo, la regulación constitucional ha permitido, en todo caso, que se mantenga la posibilidad de que, por decisión de juez competente pueda una autoridad perpetrar en el domicilio.

Finalmente, es obligado concluir afirmando, tras una extensa argumentación que el ordenamiento jurídico español ha procurado siempre cierta protección a la esfera íntima del individuo. Desde los inicios del constitucionalismo, el legislador ha entendido que las personas contaban con una esfera de vida privada en la cual se desarrollaban sus relaciones personales y familiares. Ésta, principalmente se llevan a cabo en un lugar, el domicilio, de modo que entiende que será éste quien lo más legítimo y sagrado de ellas. Se ha conferido por tanto protección al domicilio para salvaguardar aquello que en él se desarrolla, con especial preocupación por asegurar la potestad del morador de decretar

quien puede injerir en él y, en algunos casos, protegiendo ciertos momentos más controvertidos como la noche a través de una inviolabilidad casi absoluta. Por ello sentenciamos que el derecho a la intimidad, altamente influenciado como derecho autónomo por el derecho anglosajón, cuenta con manifestaciones previas indirectas en el ordenamiento jurídico español que constituyen plenamente sus antecedentes.

6. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

6.1. Fuentes documentales

a. Fuentes legales

Código Penal (*Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

Constitución de 6 de julio de 1808, Bayona. (*Gaceta de Madrid*, núm. 99, de 27 de julio de 1808).

Constitución política de la monarquía española, Cádiz, Imprenta Real, 19 de marzo de 1812.

Constitución de la monarquía española de 23 de mayo 1845. (Suplemento a la *Gaceta de Madrid*, núm. 3904, 23 de mayo de 1845).

Constitución de la monarquía española de 18 de junio 1837. (*Gaceta de Madrid*, núm. 935, 24 de junio de 1837).

Constitución democrática de la nación española, de 6 de junio de 1869. (*Gaceta de Madrid*, núm. 158, de 7 de junio de 1869).

Constitución de la monarquía española. (*Gaceta de Madrid*, núm. 184, de 2 de julio de 1876, número 184, pp. 9-12).

Ley de orden público y de los órganos de su conservación. (*Gaceta de Madrid*, núm. 211, de 30 de julio de 1933)

b. Fuentes judiciales

Sentencia del Tribunal Supremo 714/1888 de 17 de noviembre de 1888.

c. Fuentes parlamentarias

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura 1869-1871. Apéndice al núm. 37, de 30 de marzo de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura 1869-1871. Núm. 42, de 6 de abril de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura 1869-1871. Núm. 44, de 8 de abril de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura 1869-1871. Núm. 51, de 16 de abril de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura 1869-1871. Núm. 53, de 19 de abril de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1869-1871. Núm. 126, de 14 de julio de 1869.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1931-1933. Núm. 28 de 27 de agosto de 1931.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1931-1933. Núm. 39 (apéndice 6º), de 16 de septiembre de 1931.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1931-1933. Núm. 43 (apéndice 8º), de 23 de septiembre de 1931.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1931-1933. Núm. 46 (apéndice 12º), de 29 de septiembre de 1931.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Legislatura de 1931-1933. Núm. 47, de 30 de septiembre de 1931.

6.2. Fuentes bibliográficas

ANTÓN ÓNECA, J., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXV, 1972, pp. 249-288.

ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indicas*, Tomo II, Imp. de Andrés y Díaz, Madrid, 1849.

ASTARLOA VILLENA, F., “Los Derechos y Libertades en las Constituciones históricas españolas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 92, abril-junio 1996, pp. 207-250.

BILBAO, J. M., “Cien años de lucha por las libertades: la accidentada historia de los derechos fundamentales en la España del siglo XX”, en PÉREZ PRENDES, J. M.,

- et. al.*, *Derechos y Libertades en la Historia*, Universidad de Valladolid, 2003, pp. 193-331.
- BUSTOS PUECHE, J. E., “Los Derechos Humanos y la doctrina del Derecho subjetivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá VIII)*, 2015, pp.1-36.
- CANOSA USERA, R., Derechos y libertades en la constitución de 1812. *Revista De Derecho Político*, núm. 82, 2011, pp. 145-192.
- COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código penal de 1928”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXII, 2012, pp. 561-602.
- DE DIEGO ARIAS, J. L., “La Historia de la Intimidad como Derecho Fundamental” en *El derecho a la intimidad de las personas reclusas*, 2015, pp. 55-82.
- ESPÍN TEMPLADO, E., “Fundamento y Alcance del Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 39-43.
- ESCRICHE, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 3 Tomos, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.
- FONT RIUS, J.M., “Derecho Histórico”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I (Derecho), Ed. Seix, Barcelona, 1950, pp. 475-507.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El nuevo Derecho Penal*, Ed. Paez, Madrid, 1929.
- LUENGO ZARZOSO, M., *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia al ámbito castrense*, Universidad de Valencia, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española, peninsular y Ultramar*, 2ª edición, Imp. de A. Peñuelas, Madrid, 1869.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 3 Tomos, Imprenta de D. Santiago Saunague, Madrid, 1848.
- PASCUAL LÓPEZ, S., “La inviolabilidad del domicilio en la Constitución de 1869”, *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002, pp. 453-469.
- REBOLLO DELGADO, L., *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.

- ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del derecho a la intimidad”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 39, núm. 1, 1986, p. 133-150.
- ROVIRA, J. O., “La Paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 107-161.
- SALDAÑA, M. N., “The Right to Privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 85, septiembre-diciembre 2012, pp. 195-240.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Compendio de Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SEGURA, F. “Nobles, ruanos y campesinos”, *Iura Vasconiae*, 3, 2006, pp. 9-57.
- SERVÁN REYES, M. C., “La individualidad velada: Titularidad de derechos en el ámbito doméstico bajo el orden constitucional de 1869”, *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002, pp. 425-452.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- TORRENT, A. *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, S.L., Zaragoza, 2002.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “Los derechos fundamentales de la España del siglo XX”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, pp. 473-493.
- VARELA SUANCES-CARPEGNA, J., “La Constitución de 1876 y la organización territorial del Estado”, *Iura Vasconiae*, núm. 10, 2013, pp. 11-37.
- VIADA Y VILASECA, S., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Est. Tipográfico de Luis Tasso, Barcelona, 1874.
- VILLACORTA CAÑO-VEGA, A., “La etapa del surgimiento y desarrollo de los derechos públicos subjetivos”, *Anuario Facultad de Derecho*, núm.10, 2017, pp. 323-337.
- WARREN y BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 15 diciembre 1890, pp. 194-220.

6.3. Recursos de internet

Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico (disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/indice/>; última consulta: 31/01/2022).

Congreso de los Diputados, *Ficheros* (<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/>; última consulta: 1/03/2022).

Congreso de los Diputados, *Iniciativas legislativas aprobadas* (disponible en: https://www.congreso.es/iniciativas-legislativas-aprobadas?last_search=1; última consulta: 26/01/2022).

Gazeta: Colección histórica (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/gazeta.php>).

Real Academia Española, *Nuevo Tesoro lexicográfico de la Lengua Española* (disponible en: <https://apps.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>; última consulta: 28/02/2022).