

Intimidación en las Fuerzas Armadas

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. RECONOCIMIENTO JURÍDICO MILITAR DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.—III. FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES.—IV. REGISTROS PERSONALES.—V. DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE DOMICILIO.—VI. CASUÍSTICA MILITAR.—6.1. Viviendas militares.—6.2. Residencias militares.—6.3. Alojamientos de tropa.—6.4. Academias militares.—6.5. Registros.—VII. TAQUILLAS Y CAMARÉAS.—VIII. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.—8.1. Casuística en ámbito militar.—8.1.1. mforlop@fn.mde.es.—8.1.2. “Otra vuelta de tuerca”.—8.1.3. Marques de la Ensenada.—IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS.—9.1. Datos de carácter privado del militar.—9.1.1. Datos de carácter personal.—9.1.1.1. Sanciones.—9.1.1.2. Informes personales de calificación e informes de evaluación (IPEC).—9.1.2. Datos de interés sanitario.—9.1.3. Creación de ficheros de datos de carácter personal.—X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El derecho a la intimidad va presentar peculiaridades cuando se pretende trasladar al sector específico de la sociedad constituido por los miembros del Instituto armado de naturaleza militar. Existen restricciones del derecho a la intimidad para los militares a favor de otros intereses jurídicos más relevantes, siendo el fundamento de dichas limitaciones el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas que permita cumplir con los cometidos que les encomienda el artículo 8 de la Constitución de salvaguardar la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, para cuyo fin rigen los principios básicos de jerarquía y disciplina, conceptos curiosos para ciertos sectores del mundo jurídico, pero imprescindibles para el adecuado funcionamiento y la cohesión de los Ejércitos. A continuación se ofrece una aproximación a curiosidades jurídicas y prácticas propias de la milicia.

* Capitán Jurídico de la Armada.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende ser una aproximación al Derecho a la Intimidad en el ámbito de Defensa, atendiendo a las peculiaridades y casuística del singular régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, tanto en la normativa aplicable, como en diversas resoluciones judiciales y, por último, una transposición de los problemas que han obtenido satisfactoria solución en el régimen general para, desde esa experiencia, aplicarlo en este ámbito.

Todo ello examinando las distintas vertientes del Derecho a la Intimidad, al menos las que se extraen desde el punto de vista constitucional, reconocido genéricamente en el apartado 1 del artículo 18, y manifestaciones del mismo en los demás apartados del mismo precepto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, y la protección de datos.

La intimidad es lo íntimo, lo reservado de una persona. El ordenamiento jurídico español, aunque tardíamente, lo reconoce como un derecho fundamental, derecho que en términos muy similares es reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La intimidad es definida objetiva y subjetivamente, objetivamente por la doctrina alemana según la cual en torno a la persona existen círculos concéntricos, cuyo núcleo es lo íntimo, seguido de lo familiar, lo secreto o confidencial y lo público, concepto objetivo que se manifiesta en innumerables sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, identificando un espacio reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para una mínima calidad de vida, según pautas de nuestra cultura. Junto a éste, convive el concepto subjetivo, es decir, facultad de exclusión del individuo, el cual decide cuales son los límites del conocimiento público de su vida privada, lo que se viene denominando “*autodeterminación informativa*”.

En la actualidad los instrumentos tecnológicos permiten ampliar y multiplicar las fuentes de conocimiento e información y los mecanismos de vigilancia y control continuos, dificultando correlativamente las posibilidades de la curiosidad ajena.

II. RECONOCIMIENTO JURÍDICO MILITAR DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El reconocimiento normativo del derecho a la intimidad de los militares se dispone en el artículo 174 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, precepto todavía vigente, “*La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se puede intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello*”.

La Ley Orgánica 13/1991¹, de 20 de diciembre, del Servicio Militar en el artículo 46 limitaba la Intimidad personal y secreto de las comunicaciones: “1. *El militar de reemplazo tiene derecho a la intimidad personal. Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar o lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, el jefe de la unidad autorizará expresamente el registro correspondiente, que se realizará ante los testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado.* 2. *Las revistas e inspecciones, salvo lo previsto en el apartado anterior, deberán respetar la intimidad de las pertenencias del afectado y del mobiliario asignado para uso personal.* 3. *El militar de reemplazo tendrá derecho al secreto de sus comunicaciones*”.

Los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de noviembre, Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, dispone que “1. *Los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.* 2. *El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo*”.

El artículo 12 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009 de 6 de febrero, disponen que “en su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar”.

III. FUNDAMENTO DE LAS LIMITACIONES

En el ordenamiento español la Constitución establece una serie de limitaciones para los militares a sus derechos fundamentales, tales como las contenidas en el artículo 25 (posibilidad de la Administración militar de imponer sanciones privativas de libertad), artículo 26 (existencia de tribunales de honor militar), artículo 28 (restricción del derecho fundamental a la huelga y sindicación), artículo 29 (sólo derecho de petición individual), junto algunas matizaciones, en el artículo 70.1 (inelegibilidad e incompatibilidad con la condición de senador o diputado...).

La legislación española postconstitucional, desde la Ley de las Reales Ordenanzas hasta las Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y muy especialmente, las Leyes Orgánicas de Régimen Disciplinario y la Ley Orgánica 13/1985 Código Penal Militar, establecen muchas más restricciones que las

¹ Ley derogada por la letra b) del número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, el 8 de diciembre de 2005.

recogidas en la Constitución. Es necesario referirse a la futura Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, actualmente Proyecto de la Ley Orgánica a punto de ser aprobado por el Congreso de los Diputados y con pretensión de entrada en vigor el día 1 de octubre de 2011, y va a establecer el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares, completar el estatuto del militar una vez aprobada la Ley de carrera militar y las Reales Ordenanzas de 2009 y actualizar los preceptos aún vigentes de la Ley de las Reales Ordenanzas de 1978 y de la Ley 17/99 de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas y culminar la modernización y plena integración constitucional de las Fuerzas Armadas, proceso ya iniciado hace tres décadas. Dicha reforma conllevará la necesaria adaptación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, en la actualidad también en tramitación como proyecto de ley en el Congreso.

Como argumento de las limitaciones se han esgrimido “especialidades de la vida militar o las exigencias de la disciplina”, argumentos válidos y frecuentemente alegados por la jurisprudencia, pero insuficientes y no jurídicos. Limitaciones reguladas, con el respeto de todas las garantías, y siempre con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de mayor entidad, como es la disciplina, la seguridad o el orden interno de los establecimientos militares, el deber del militar de cumplir con el servicio o salvaguarda del propio honor militar (conservando la buena imagen que de las FAS ha de tener la sociedad, exigiendo así a sus miembros un plus de ética y moralidad).

Los primeros límites impuestos al ejercicio de derechos en los miembros de la milicia obedecían, como nos recuerda HALE, no tanto a la actual preponderancia de la necesidad de velar por bienes jurídicos tales como la disciplina o la neutralidad política, sino en la necesidad de preservar el orden público frente al peligro que suponían las aglomeraciones de personas armadas. La tesis que se impuso con mayor predicamento fue la del “voluntarismo”, es decir, estas limitaciones han sido aceptadas voluntariamente por el militar, lo que supone una renuncia a sus derechos, y en este sentido, la STS de la Sala V de 12 de Julio de 2000 *“estas restricciones a la libertad individual deducidas de la condición profesional de miembro de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, son aceptadas voluntariamente por quienes con tal carácter se incorporan a los Ejércitos y al Benemérito instituto teniendo, además su fundamento en las especiales obligaciones que de la pertenencia a unos y otros se deduce y de la circunstancia de quedar acogido en una relación de supremacía especial en la que intereses cuya tutela tienen encomendada y la concreta necesidad de su presencia en donde han de cumplir la misión han de prevalecer, limitando los derechos y libertades de que, con mayor liberalidad, disfruta el resto de los ciudadanos”*.

La doctrina actual rechaza la teoría del *Voluntarismo* por ser jurídicamente inaceptable. Según la teoría general del Derecho, la renuncia de los derechos fundamentales solo puede producirse “cuando no contraríe el interés público ni perjudique a terceros”, según reza el artículo 6.1 del Código Civil. Pero es más, en el caso de derechos fundamentales nos encontramos con un tipo de derecho inherente a la propia condición humana, y por tanto, genéricamente irrenunciable por cualquier persona y, en consecuencia, también por los fun-

cionarios y por los militares. La entrada en el seno de las Fuerzas Armadas implica un sometimiento a un régimen jurídico más restrictivo para los propios derechos que el de todos los demás ciudadanos libres, pero no puede significar, en ningún caso, la renuncia a los propios derechos.

La teoría con más predicamento doctrinal y jurisprudencial señala que tales limitaciones que conforman el estatuto jurídico del militar se enmarcan en las denominadas **relaciones de sujeción especial**. Tal doctrina alemana, surgida bajo la monarquía constitucional alemana del S. XIX, se basa actualmente en la necesidad de adaptar el ejercicio de los derechos a las necesidades organizativas de la Administración. Así, se ha admitido por el Tribunal Constitucional la delimitación de los derechos sobre una base subjetiva, es decir, la imposición de limitaciones particulares a determinados grupos de personas que están sometidas a una relación especial de sujeción, tales como los militares o demás funcionarios públicos. López Benítez² define las relaciones de sujeción especial como *“relaciones jurídico administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”*.

El Tribunal Constitucional, partiendo del rastreo de preceptos constitucionales que implican restricciones de derechos para los militares, ha construido la constitucionalidad de las normas restrictivas del ejercicio de derechos en la relación de sujeción especial que integra el colectivo militar sobre los cimientos de la jerarquía y disciplina, desde la temprana STC 21/1981, de 15 de junio, que afirma la consideración como valores primordiales en el ámbito castrense de la subordinación jerárquica y la disciplina.

El artículo 18 de la Constitución española alcanza al personal militar debido a su alcance a todas las personas físicas, no obstante, la pertenencia a las Fuerzas Armadas genera una serie de peculiaridades en el ejercicio de los derechos fundamentales, tal y como expresó la Sala V del Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de mayo de 2002 declarando: *“Pueden existir limitaciones a los derechos fundamentales de los militares siempre que sean imprescindibles para la necesaria organización de la institución militar, sobre la base de los principios de la disciplina, sujeción jerárquica y unidad interna, en tanto que esos principios y singularidades son indeclinables para el cumplimiento de las misiones encomendadas en la Constitución en su artículo 8 a las FAS. Y, por su parte el derecho sancionador militar tiene como especialidad, desde el punto de vista de los fines correctivos, la de ordenar con la mayor perfección posible la estructura de las Fuerzas Armadas para que se orientan a asegurar y garantizar aquellas notas esenciales para el mejor desarrollo del servicio, previniendo las transgresiones que de generalizarse, dificultarían gravemente el normal cumplimiento de aquellas misiones atribuidas”*.

² LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1994.

IV. REGISTROS PERSONALES

Ciertos exámenes o estudios médicos pueden afectar al derecho a la intimidad corporal y la actividad que pueda considerarse lesiva de este derecho debe ostentar una justificación objetiva y razonable y que, además, caso de que el afectado no consienta de forma expresa en su práctica, esté prevista en una norma con rango de ley, no reputándose intromisiones ilegítimas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley.

El problema de las analíticas obligatorias surge en el seno del plan de prevención y control de drogas en el ejército (PYCODE³ en Ejército de Tierra y el PADEA del Ejército del Aire⁴) que pretendía evitar el consumo de drogas entre el personal militar.

Conforme a la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005, hasta la modificación del artículo 101 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, tras la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que adicionó la práctica de los reconocimientos y pruebas que sirvieran a fin de detectar consumos de drogas, y estableciendo la obligatoriedad de someterse a ellas, los Jefes de Unidad tan solo tenían facultades para ordenar la práctica de reconocimientos médicos encaminados a determinar la posesión de la debida aptitud psicofísica del personal militar, atendiendo a reconocimientos médicos y a pruebas psicológicas y físicas, sin que en ningún caso se hiciera mención alguna a análisis y comprobaciones encaminadas a detectar estados de intoxicación o el consumo de drogas tóxicas o sustancias similares. Como consecuencia de la habilitación legal se garantizó la posibilidad de que se practiquen con carácter aleatorio pruebas analíticas para conocer la incidencia real del consumo de drogas en las Fuerzas Armadas.

La sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 Junio 2004 se pronunció en un caso en que un Suboficial se negó expresamente y por escrito a acatar la orden, firmando a tal efecto un impreso “en el que alegaba que las razones de tal negativa eran que la orden iba en contra de la dignidad y del derecho a la intimidad contemplada en la Carta Magna; en su declaración ante el Instructor, manifestó que dado que el compareciente padecía una enfermedad infecciosa, reconocida por el Tribunal Médico Central del Ejército —de lo que aportaba prueba—, la realización de la prueba afectaba a su derecho a la intimidad, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. La Sala Quinta resolvió “estimando que, efectivamente, ciertos exámenes o estudios médicos pueden afectar al derecho a la intimidad corporal, y, parafraseando la sentencia del Tribunal Constitucional 207/96, destaca la necesidad de que la actividad que pueda considerarse lesiva de este derecho ostente una justificación objetiva y razonable y que, además, caso de

³ Plan de Prevención y Control de la Droga en el Ejército.

⁴ Plan Antidroga del Ejército del Aire.

que el afectado no consienta de forma expresa en su práctica, dicha práctica esté prevista en una norma con rango de ley, efectuando las valoraciones pertinentes sobre la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, señalando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, y sobre la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal, por la que se consideran datos especialmente protegidos los de carácter personal que hagan referencia a la salud, los cuales solo podrán ser recabados cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta en ello expresamente, a tenor de su artículo 7.3, y como señala el Tribunal Constitucional en sus sentencias 7/94 y 35/96.

El artículo 83.2 de la Ley de Carrera Militar mantiene este criterio *“los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”*.

Es interesante la reciente sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2009 por la que estimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario presentado por un Soldado del Ejército del Aire declarando la nulidad de la sanción de separación del servicio que le fue impuesta como autor de una falta muy grave de consumir drogas con habitualidad, fundamentándose en que en dos de los cuatro análisis que le fueron practicados por la Administración, se le vulneró su derecho a la intimidad pues por un lado el Soldado no dio su consentimiento para someterse a las pruebas y por otro en el momento en que se practicaron los análisis no había norma habilitante, pues fue, con posterioridad a estos hechos, la Ley 62/03 que entró en vigor el 1 de enero de 2004 la que modificó la ley 17/1999 sobre régimen de personal de las Fuerzas Armadas la que posibilitó los controles de drogas.

V. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO

La protección domiciliaria recogida en el artículo 18 Constitución española consiste en su inviolabilidad con la salvedad del consentimiento del titular o resolución de un juez que lo autorice a salvo de que exista constancia de flagrante delito, y es la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal la que, en los artículos 545 y ss., desarrollan la sistemática de actuación a la hora de iniciar una investigación policial y judicial en la que sea preciso hacer uso de la entrada en un domicilio. Por otro lado, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desarrolla también los supuestos en los que es posible superar en beneficio de los poderes públicos esa necesaria observancia del respeto a la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado los presupuestos básicos para poder salvar esa frontera y que se centran en la necesidad de observancia de la legalidad, motivación, necesidad, utilidad e idoneidad y proporcionalidad.

Declara el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias que la protección constitucional del domicilio es de carácter instrumental⁵ y defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona, tutelando así el ámbito de privacidad de la persona en el contorno espacial limitado que el sujeto elige y que tiene como carácter el quedar inmune a las invasiones exteriores de terceros no autorizados por el titular, y encuentra en ella dos notas: la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de excluir a terceros de la entrada en el ámbito domiciliar”. La STS 16 de marzo de 2001, entre otras, considera morada protegida todo lugar en el que vive una persona, de manera estable o transitoria, incluidas no sólo las habitaciones de los hoteles y pensiones, sino también las tiendas de campaña y las roulottes.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 189/2004 señala que es **el destino o uso** lo que constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. Así se ha considerado domicilio a efecto de su protección constitucional, cualquier lugar, sea cual fuere, su condición y características, que constituya morada, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, rulotes, habitaciones de hoteles o residencias militares... espacios estos donde se protege el derecho a la inviolabilidad domiciliaría como espacio físico en sí mismo considerado, como lo que hay en el de emanación de la persona y de esfera privada de ella. En segundo lugar, el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo es el factor determinante para considerar que un lugar reúne las aptitudes para ser considerado domicilio. De tal manera, que dado el carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar, existirá domicilio a efectos constitucionales siempre que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

VI. CASUÍSTICA MILITAR

6.1. Viviendas militares

De modo genérico, se puede afirmar que a la luz de la definición constitucional sobre la configuración del domicilio y su inviolabilidad para los miembros de las Fuerzas Armadas, hay que partir de que los domicilios particulares

⁵ Entre otras consecuencias, tal carácter instrumental determina que el concepto constitucional de domicilio tenga mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio y no admite “concepciones reduccionistas” (sentencias del Tribunal Supremo de 94/1999, de 31 mayo y 10/2002, de 17 enero).

de los miembros de la milicia se rigen por la misma regulación y garantías que los demás ciudadanos, y que la sujeción especial al ordenamiento de los militares no plantea salvedades en este apartado domiciliario.

No obstante, la presencia del militar en establecimientos de naturaleza castrense, no sólo durante el desarrollo de su trabajo, sino una vez concluido éste, por razón de ostentar la vivienda en el propio acuartelamiento o las denominadas viviendas militares, hacen extensibles a la vida privada del militar normas propiamente castrenses, suponiendo éstas una limitación a su derecho a la intimidad personal y familiar.

El Tribunal Supremo en sentencia del 22 de abril de 1991 en su fundamento quinto realiza un estudio de la clasificación de domicilio establecida en la Orden 76/1986 de 22 de septiembre por la que el Ministerio de Defensa dictó la normativa reguladora de las viviendas oficiales de la Armada. Tres son las categorías que se establecen:

- A) **Viviendas de representación:** asignadas a los mandos y autoridades que, por razón de su cargo, las deben utilizar obligatoriamente, mientras lo desempeñan, como domicilio oficial y de representación social.
- B) **Viviendas de servicio:** asignadas a determinados miembros de las FAS que, en atención a su destino, se considera que deben vivir en el interior o proximidad de una dependencia, por lo que su ocupación es obligatoria mientras se desempeñe el destino.
- C) **Viviendas disponibles:** adjudicadas a aquellos que lo soliciten, por haber sido destinado a unidad y no disponga de vivienda del patronato o de su propiedad en la localidad donde radique el destino o su esfera de influencia.

Las dos primeras, según el TS, aún estando destinadas directamente a un uso particular, cumple también una función relacionada con el servicio, siendo por tanto considerada como material afecto al servicio de las FAS o de sus miembros, cosa que no ocurre con las denominadas disponibles, cuya existencia responde básicamente a una preocupación asistencial.

En la citada sentencia un Oficial es sancionado como autor de la falta disciplinaria grave del artículo 8.15 de la L.O. 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de “*utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero, todo ello cuando no constituya delito*”, por no haber desalojado la vivienda oficial que ocupaba, tras pasar a la situación de reserva, incumpliendo el requerimiento para su desalojo. La condición de oficial que tiene la vivienda que se otorgaba con carácter de servicio y por tanto sometida a las restricciones propias de estas, una vez perdida la condición de activo, se estaría haciendo uso de material militar para satisfacer intereses privados.

En principio toda vivienda, construida o habilitada para que en ella habite un militar con su familia, está destinada a un uso particular, porque no cabe un ámbito más particular o privado que aquel en el que la persona satisface sus necesidades de vida doméstica. Sin embargo, esta afirmación es matizada por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores, cuando la vivienda en cuestión tenga atribuidas otras finalidades complementarias como proporcionar a los mandos una morada de especial dignidad por razones de representación, facilitar el establecimiento de las oportunas medidas de seguridad o garantizar una más puntual y permanente prestación del servicio mediante la residencia en los propios recintos militares. El concepto de domicilio y la respectiva salvaguarda de la intimidad, conserva toda su fuerza cuando se trate de viviendas de carácter oficial, cuya única finalidad es permitir resolver a los militares su problema de la instalación familiar en condiciones menos onerosas que las que suele establecer el mercado inmobiliario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1996 estudia la circunstancia de un registro sobre un vehículo a motor, señalando la no equiparación de protección jurídica a un domicilio, al no reunir los dos requisitos del domicilio citados anteriormente (la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de exclusión de terceros). A pesar de haber admitido la jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones domicilios diversos como caravanas o barcos.

6.2. Residencias militares

En cuanto a las residencias militares, sus dependencias destinadas a vivienda se pueden encuadrar en lo que se considera domicilio desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, siempre que cumplan las condiciones de separación idóneas para impedir intromisiones tanto de personas públicas como privadas, caso claro de cualquier residencia dividida en habitaciones. Esta idea la apoya la sentencia del Tribunal Constitucional 101/2002 que declara inconstitucional el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al otorgar a las habitaciones de hotel el status de domicilio diciendo: “las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características para que en las mismas se desarrolle la vida privada habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada”.

La jurisprudencia abarca además el tema de las residencias militares directamente en la sentencia del Tribunal Constitucional 189/2004 cuando declara “la habitación asignada en una residencia militar a una persona constituye su domicilio y, por tanto, goza de la protección que dispensa el artículo 18.2 de la Constitución”, equiparando la habitación de una residencia militar a la habitación de un hotel.

La finalidad de los alojamientos castrenses es la de facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza, siendo los Militares definidos en las normas de régimen interior de las residencias como “*usuarios permanentes*”, teniendo por ello, en dichas residencias, su domicilio, como expresamente prevé la Orden Ministerial 348/1998 de 21 diciembre, relativa a las “*Residencias Militares*”, y la Instrucción Técnica 8/1999 sobre “*Uso y funcionamiento de residencias y alojamientos logísticos del Ejército de Tierra*”.

La Orden Ministerial 348/98 define las residencias militares como “*los establecimientos de apoyo al personal que facilitan el alojamiento y otros servicios complementarios a los miembros de las FAS, así como, a sus familiares*”; y estableciendo en su punto “tercero”, que debe entenderse por residencias militares, tanto alojamientos logísticos, “*situados en el interior o anexos a una Base, Acuartelamiento o Instalación (BAI), cuya función principal es la de proporcionar alojamiento al personal destinado en las Unidades, Centros u Organismos situados en las BAI,s y aquellas otras BAI,s que se determinen por el Órgano Gestor*”, como las Residencias logísticas, “*que son las que tienen la función de facilitar aposentamiento y otros servicios complementarios al personal Militar y eventualmente a las familias, que esté destinado, asistiendo a cursos, disponible, en comisión de servicios o transeúnte en una plaza, guarnición o centro determinado. Podrán ser también usuarios el resto del personal militar y sus familiares, según se determine por el Órgano Gestor*”. También serán merecedoras de la condición de residencia militar las Residencias de Acción Social.

En consecuencia, no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias militares en la medida en que son idóneas por sus características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen domicilio de quienes las tienen asignadas, a los efectos de la protección que dispensa el artículo 18.2 de la Constitución. En este sentido la citada sentencia del Tribunal Constitucional 211/2004 contempla el caso de un Coronel Director que desaloja a un Capitán que se niega a pagar la cuota correspondiente. De esta manera se busca un momento en que no esté presente el capitán, y sin previa notificación, se recogen sus enseres y se empaquetan poniéndolos a disposición del interesado. El Alto Tribunal declara al respecto que la decisión de ejecutar un acto administrativo sin autorización judicial y contra la voluntad del ocupante, extrayendo sus enseres y pertenencias supone una clara lesión a los derechos fundamentales del ocupante, definiendo a continuación la inviolabilidad, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte exento o inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública incluido las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, ya sean por medio de aparatos electrónicos, mecánicos o análogos”. Resuelve finalmente la sentencia “fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimas la entrada o registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial”.

Es preciso dilucidar, si una habitación que aloje a más de una persona, tiene la consideración de domicilio desde el punto de vista constitucional. A mi juicio, debe de otorgarse por los distintos motivos expuestos, pues además de la idoneidad del propio lugar para el ejercicio de la vida íntima, se otorga el rango de domicilio a una misma vivienda que generalmente está habitada por varias personas, como una familia o un grupo de amigos que pueden compartir piso, por lo que el hecho de que un militar pueda compartir la habitación con otros militares no afecta la consideración de domicilio. En la misma línea, los derechos fundamentales, siempre que no entren en colisión con otros intereses o los derechos de otro deben de ser interpretados de manera lata y si producen efectos desde el punto de vista administrativo, fiscal o civil parece razonable que una habitación de una residencia militar con más de una persona pueda ser considerada como domicilio.

A pesar de todas las garantías señaladas, se puede entender que fuera de las reservas citadas sobre la propia habitación de las residencias militares existen otras especialidades, siendo no sólo permitidas sino además necesarias para el buen orden de las mismas. De esta manera la sentencia del Tribunal Supremo n.º 53 de 26 de septiembre de 1996 de la Sala Quinta se plantea si se ha producido vulneración del derecho a la intimidad porque un comandante de puesto de la Guardia Civil impone una sanción por estar cocinando en un sitio que estima inadecuado. En esta sanción el Tribunal Supremo considera que el derecho a la intimidad no sufrió lesión alguna a causa de la intervención del superior en la ocasión de autos, pues el pasillo de la residencia de Guardias solteros no era exactamente el lugar que el recurrente satisfacía su legítima privacidad y sí por el contrario, una dependencia común del acuartelamiento cuya limpieza, orden y buen estado el comandante como jefe del puesto tiene el derecho y el deber de procurar que se mantenga”.

6.3. Alojamiento de tropa

Distinta problemática encierra el problema de las naves corridas o alojamientos de tropa, donde se alojan varios militares bajo el mismo techo pero de tal manera que sus camas y armarios se encuentran en un espacio continuado.

El artículo 46 de la L.O. 13/1991 de Servicio Militar, ya no vigente, habilitó legalmente al Jefe de la Unidad para autorizar registros en ausencia o sin previo consentimiento del interesado en una serie de circunstancias tasadas (indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar, o así lo exija la protección de la salud pública o la seguridad nacional), circunstancias de entidad bastante para justificar la limitación de los derechos del artículo 18 de la Constitución.

Simultáneamente a la suspensión del servicio militar, se ha operado un cambio en la concepción de los alojamientos del personal profesional, que tiene su concreción normativa en el ámbito del Ejército en la Directiva 4/00 de la División Logística del Ejército “de régimen de vida de los Militares Profesionales de Tropa”, en la que se preconiza la sustitución del tipo alojamiento “nave corrida” por el de “módulo”, que dará alojamiento a un número variable de

residentes, y que dispondrán de dormitorios, locales de aseos y zonas dedicadas a oficio o zona de servicios. Su función será la de proporcionar alojamiento al personal de tropa destinado en la BAE,⁶ o en comisión de servicios y aquellos otros militares profesionales de tropa que por razón de servicio, instrucción, sanción o enfermedad deban pernoctar en la BAE.

El criterio general a seguir es el de la absoluta legitimidad de los registros, lo que no es óbice para que, en su caso, pueda añadirse un plus al “modus operandi” establecido, añadiendo un control judicial al procedimiento con la estricta finalidad de reforzar las garantías ya de por sí otorgadas a los derechos y libertades fundamentales por el sistema de registro convencional.

Son características fundamentales que configuran los Alojamientos de la Tropa profesional en el interior de las Bases, Acuartelamientos, o Establecimientos militares, las siguientes:

- a) Son bienes de dominio público.
- b) Se encuentran en el interior de Bases, Acuartelamientos, o Establecimientos militares y por tanto sometidos a un régimen de gobierno interior, con el fin de garantizar el buen orden, gobierno y disciplina en el interior de los mismos, propio de todas las instalaciones militares.
- c) Nunca están constituidas por habitaciones individuales sino compartidas.
- d) Es el Mando o Jefe del Acuartelamiento quien designa la concreta habitación que debe ocupar cada interesado. Siendo también éste el que decide quienes comparten habitación.
- e) El alojamiento en dichos módulos es voluntario, en el sentido de que no se impone de forma forzosa a los militares, sino que son libres de alojarse en ellos o no. En todo caso, una vez decidido a alojarse en estos, deberán asumir las normas de régimen interior existentes en ellos.
- f) Las revistas de policía resultan perfectamente lógicas y proporcionadas con el fin de garantizar el buen orden, gobierno, disciplina y seguridad en los citados alojamientos conjuntos, pudiendo comprobarse a través de los mismos que los usuarios no realicen desperfectos en las instalaciones, mobiliarios y útiles que se les ofrece.

La doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 6-4-93, 28-12-94, 22-12-97, y auto de 24-1-96) considera que los compartimentos de literas o de viajeros de tren en ningún caso tienen la consideración de domicilio inviolable del artículo 18.2 de la Constitución, características que se equiparan en esencia a las habitaciones compartidas de los Alojamientos al señalar que no se desplegaba un ámbito de reserva personal protegido por el citado derecho fundamental, puesto que la protección constitucional del domicilio es de carácter instrumental y define los ámbitos donde se desarrolla la vida privada de una persona. Ninguna de las dos notas esenciales que definen al domicilio desde la perspectiva consti-

⁶ Bases, acuartelamientos y establecimientos militares.

tucional, la absoluta privacidad de la actividad desarrollada en su interior y la capacidad de exclusión de terceros, concurren en la ocupación transitoria por una persona de un departamento colectivo y compartido con otros viajeros. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que considera que las celdas de las prisiones no constituyen domicilio a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución, y que los registros y revistas en las mismas están justificadas para mantener el buen orden y garantizar la seguridad en el interior de las mismas, finalidades que igualmente deben de conseguirse y garantizarse en el interior de los Establecimientos Militares (sentencia del Tribunal Supremo de la Sala II 18/3/2002, 17/9/2003).

En consecuencia, en las habitaciones compartidas de los Alojamientos Conjuntos de Tropa existentes en el interior de BAE,s militares es descartable toda idea de privacidad o intimidad máxima, y en la que no es posible excluir las intromisiones y controles de los mandos militares precisamente para verificar que se respetan unas normas mínimas de convivencia, así como el buen orden, gobierno y disciplina que debe imperar en todo Establecimiento Militar (sentencias de la sala II del Tribunal Supremo de 26-1-95, 8-10-99, 9-6-2000 y sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y Barcelona de 4-3-96 y 25-1-99).

La sentencia núm. 235 de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de marzo de 2007, niega que la habitación del módulo de alojamiento de tropa sea considerado, a todos los efectos, domicilio porque no es un espacio idóneo para desarrollar las actividades elementales de la vida privada, ni está destinado a ello, es de compartimiento obligado, tiene reglado y limitado su disfrute, así como las personas que pueden acceder a ella y las actividades que pueden realizarse, por razones de disciplina, buen gobierno y seguridad. Además, se arguye la voluntariedad de ocupación de la citada habitación y su gratuidad.

6.4. Academias militares

Las Fuerzas Armadas, titulares de los bienes inmuebles que tienen adscritos, pueden permitirse ciertas facultades para la conservación de los mismos que tienen una doble fundamentación: la primera de ellas basada en el propio derecho de la propiedad de la Milicia sobre esos bienes destinados a vivienda y una segunda en la necesidad de comprobar que los mismos se destinan a la consecución de los fines propios de las Fuerzas Armadas. La manera de conservar estos bienes en los casos de las habitaciones habilitadas para alumnos en Academias y Centros de Enseñanza Militar es la revista, que siempre que no constituya intromisión en el derecho a la intimidad no se considerará como contraria al derecho a la intimidad.

6.5. Registros

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 julio, en aquellos supuestos en los que haya un conflicto entre los derechos fundamentales de la Constitución y otros valores constitucionalmente protegidos: "*ha de ser un órgano*

jurisdiccional el que realice una ponderación de los intereses en juego, como la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia del consentimiento del titular”. Los valores que se pretenden preservar en el ámbito militar son el buen gobierno, orden y seguridad interior de los alojamientos militares, y que fundamentan la restricción de los derechos del artículo 18 de la Constitución.

La Administración constitucionalmente se encuentra inhabilitada por el artículo 18.2 de la Constitución para autorizar la entrada en el domicilio, por ello, el acto administrativo que precisa para su ejecución el ingreso en domicilio privado, no conlleva por sí solo el mandato y la autorización de la entrada, lo que implica que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una resolución judicial que la autorice, así como las actividades que, una vez dentro del domicilio, pueden ser realizadas (sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 febrero y 2111/1992, de 30 noviembre, y la 189/2004).

Las órdenes de registro en camaretas o habitaciones de residencias persiguen garantizar que en el interior de las Unidades o Establecimientos militares no se posean o depositen sustancias u objetos prohibidos, pudiendo resultar para quien sea sorprendido violando esta orden, consecuencias de índole penal o disciplinaria.

En la reciente sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2009, valora como lícito el registro practicado en una camareta de los alojamientos de tropa de la unidad en que se encontró una cantidad importante de explosivos sin haberse obtenido previamente el consentimiento de sus titulares o autorización judicial, basándose en cualquiera de las tres razones siguientes: 1) porque los 100 gramos de explosivo plástico hallados no fueron encontrados en un lugar protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, pues no estaban en la taquilla, sino en una caja depositada entre la cama y la taquilla, 2) porque, a causa de la ilícita existencia en la camareta, donde se alojaba el dueño de la taquilla y otros compañeros, de material explosivo (dos petardos de 400 gramos de TNT cada uno, un petardo cebo de 50 gramos de TNT y un detonador completo) se había creado una situación de peligro que justificaba la apertura de las taquillas a fin de evitar un potencial resultado lesivo muy grave (peligro ante el que cede el derecho fundamental a la intimidad); 3) y porque esa indebida posesión de material explosivo podía constituir un delito contra la Hacienda Militar (flagrancia que también justificaba la vulneración del derecho a la intimidad).

VII. TAQUILLAS Y CAMARETAS

El registro de las pertenencias íntimas de los militares está vinculado al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Hay que partir de que una concepción absoluta de este derecho haría imposible el buen funcionamiento de una unidad y el buen estado de las instalaciones, ya que por esta vía se podrían evitar no sólo las normas de régimen interior sino incluso se favorecería la comisión de ilícitos penales. Además, en lo referente al equipo militar que se guarda en las taquillas, es derecho y deber del mando la revisión para garantizar

su buen estado, debido a la potencial peligrosidad y sofisticación del equipamiento militar que lo hace susceptible de una constante revista.

Abundando en la idea y sin acudir a la especial sujeción del militar se puede citar el propio Estatuto de los Trabajadores que permite el registro de taquillas, efectos y propia persona del trabajador en su artículo 18 siempre que se den una serie de requisitos que preserven la intimidad de la persona. Similar declaración contiene la Ley General Penitenciaria, y si se permite en estos ámbitos parece lógico que también se haga en el ámbito militar debido a las especiales circunstancias del equipo militar.

Parece adecuado hacer una separación entre el registro y la revista. El registro es una medida que limita el derecho fundamental a la intimidad, pues por su propia naturaleza debe practicarse sobre personas o sobre objetos personales, siendo por naturaleza una intromisión susceptible de afectar al derecho de la intimidad. Cuestión distinta son las revistas e inspecciones, que tienen un carácter meramente externo, en las que el que efectúa la revista se limita a comprobar que el material que está revistando se ajusta a una serie de valores preestablecidos y que por lo tanto no tiene el carácter de intromisión en el derecho a la intimidad. Estas definiciones son apuntadas por la jurisprudencia en sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 declarando: *“No puede estimarse que se atente contra la intimidad personal proclamada en el artículo 18.1 de la Constitución, por el hecho de practicarse en un establecimiento militar las revistas de las taquillas existentes en los dormitorios comunes a disposición de los soldados para guardar sus enseres, ya que ello viene dispuesto reglamentariamente por las normas de buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería en caso contrario resquebrajada la disciplina e incluso la seguridad del propio acuartelamiento”*. Abunda en esta idea la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de Junio del 2000, y las sentencias del Tribunal Supremo 1454/1999, de 8 octubre y 55/1995.

Conviene resaltar que a pesar de ser el registro una medida plenamente amparada y admitida por la jurisprudencia, como todas las inspecciones e intervenciones que sean susceptibles de afectar derechos deben de hacerse con el mayor respeto a la dignidad de la persona y evitando molestias innecesarias

VIII. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El artículo 18.3 de la Constitución constituye el reconocimiento, como derecho fundamental, de la libertad de las comunicaciones, con independencia del medio a través del cual se realice dicha comunicación (escrita, alámbrica o inalámbrica), y con independencia de cuál sea su contenido material, proclamando tanto la doctrina como la jurisprudencia “el carácter “formal” de este derecho fundamental”, en el sentido, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre (F.J. 7), “de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito personal, lo íntimo o lo reservado”. Tal como

han definido diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (por ejemplo la sentencia núm. 114/84, confirmado en la núm. 34/96), el derecho al Secreto de las Comunicaciones obtiene una doble dimensión, la de libertad de comunicación, como derecho a poder comunicar con otros sujetos —sin interrupción o suspensión— y, la de secreto del mensaje, como derecho a que un tercero no conozca el contenido de dicha comunicación.

La normativa referente a las medidas de intervención en relación a la correspondencia y a las comunicaciones se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título VIII del Libro II, intitulado “De la Entrada y Registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”). Y específicamente con carácter militar, y también de forma incompleta, la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril).

En el ámbito militar encontramos una gran escasez y numerosas lagunas existentes en lo referente a la normativa aplicable, regulándose fundamentalmente a través de Instrucciones Técnicas, por lo que se hace necesario recurrir a la teoría general o a la remisión a la normativa general, y a la praxis jurisprudencial para posteriormente trasladarlo al ámbito militar de acuerdo con las peculiaridades existentes en el mismo, sin perjuicio de que el avance en el campo informático vaya por delante del legislador español.

Hay que examinar el mundo laboral, como el correo electrónico de las empresas u otro tipo de relaciones laborales, o supuestos de otras Administraciones Públicas. Cuestión que, además, ha sido ya objeto de estudio y pronunciamientos tanto por el Tribunal Supremo, como por el Tribunal Constitucional, en lo que afecta a la intimidación del correo en el ámbito privado. Todo ello sin perder de vista el Derecho Comparado (fundamentalmente el estadounidense), y el Derecho Comunitario.

En el ámbito laboral la evolución jurisprudencial en el tema del correo electrónico del trabajadores se pueden distinguir tres corrientes, la mayoritaria, que considera aplicable a estos supuestos lo dispuesto en el artículo 18 Estatuto Trabajadores al considerar que al ordenador se le debe atribuir la cualidad de efecto personal del trabajador en tanto resulta susceptible de contener información de carácter personal. Otra corriente sostiene que estamos ante instrumentos de trabajo propiedad de la empresa, y por ello el empresario puede acceder libremente a su contenido y la intimidación de los trabajadores sólo estaría garantizada en taquillas u otros sitios específicamente destinados a albergar sus efectos personales. Y con carácter excepcional algunas sentencias niegan la aplicación analógica del artículo 18 Estatuto Trabajadores, por considerar que debe acudir directamente a la doctrina constitucional en torno al derecho a la intimidad, es decir, a los límites constitucionales generales de idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación.

La doctrina consolidada en esta materia sostiene que el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y

aplicación la consideración debida a su dignidad humana. Estos poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral permiten que el empleador fiscalice el uso del ordenador de sus empleados. Según el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario ostenta la facultad de adoptar las medidas que considere oportunas para vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales por los trabajadores, y eso es lo que sucede cuando se controla el uso de herramientas de trabajo de naturaleza informática. En cambio, los registros contemplados en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (taquillas y efectos particulares) constituyen una facultad “exorbitante y excepcional” del empresario, que excede del marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

El hecho de que pueda existir un *margen de tolerancia* en el uso extralaboral del correo, de Internet o del ordenador no altera la naturaleza de estos instrumentos, que siguen siendo estrictamente de trabajo⁷. Ahora bien, los poderes fiscalizadores que otorga el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores no son ilimitados para el empresario, sino que ha de respetarse el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador. Es necesario que la empresa quiebre la expectativa de intimidad que el trabajador pudiera tener respecto del contenido de su ordenador, poniéndolo en conocimiento del trabajador.

En el ámbito militar los miembros de las Fuerzas Armadas tienen a su disposición como herramienta ofimática de mensajería, el Lotus Notes, destinado a facilitar la comunicación entre los militares para asuntos relacionados con el servicio de una forma rápida, eficaz y de bajo coste para el Ministerio de Defensa. Dicha mensajería pretende ser progresivamente sustituida por otras herramientas como OUTLOOK.

Una de las principales cuestiones es si por los usuarios del Lotus Notes se pueden convertir unas direcciones de correo de titularidad pública, creadas como herramienta de trabajo, en “domicilio informático”, para aquellos supuestos en los que el contenido de los mensajes recibidos no guarde relación con el intercambio de información relativa al servicio, teniendo en cuenta que tal uso no comporta coste alguno para el Ejército, y siempre que su lectura por el usuario receptor no acarree perjuicio alguno apreciable y constatable para el servicio, pudiendo acudir a la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2005 que da una definición de “domicilio informático”: *“el correo electrónico es un útil de trabajo y (...) como ocurre con otros medios de comunicación, es también susceptible de uso social, de forma que se configura como un domicilio del trabajador, el domicilio informático, utilizable, en el lugar de prestación de servicios, por terceros ajenos a la producción o a los servicios de la empresa, para comunicarse con aquel”*. El correo electrónico de la empresa es *“un instrumento cuyo coste de utilización resulta nulo para el empleador, si los mensajes se envían desde un servidor externo”*, entendiendo que la razonabilidad

⁷ Ahora bien, en el específico caso del correo electrónico, algunas empresas están salvando este escollo ofreciendo a sus trabajadores dos cuentas de correo distintas, una profesional y otra personal. La primera sería plenamente accesible por la empresa, mientras que la segunda se convertiría en un instrumento del empresario pero destinado a albergar documentos particulares del trabajador, con lo que al fin se produciría la analogía con el registro de taquillas que contempla el artículo 18 ET.

y proporcionalidad de su uso vendrá determinada por el hecho de que su utilización se pueda dar *“sin interrupción alguna de la actividad laboral, abriendo el correo al finalizar la jornada o durante alguna de las pausas existentes”, pues su utilización como medio de comunicación no altera “el uso productivo de esta nueva herramienta de organización empresarial”*.

Hay que partir de determinar la licitud o no de la intervención por parte de la Administración Militar del correo Lotus Notes, proveedora del mismo, porque las consecuencias de su licitud o ilicitud son muy distintas. De no ser lícitos tales controles, cabe la posibilidad de que se de un eventual pronunciamiento judicial que declare nula la sanción impuesta a quien ha utilizado indebidamente el correo electrónico de Lotus Notes, por entenderse que la prueba de la infracción corregida se ha obtenido sin guardar las debidas garantías legales y conculcando, por tanto, derechos fundamentales del usuario (art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial), lo cual también daría lugar a la aplicación de la ‘teoría de los frutos del árbol envenenado’ según la cual todos aquellos medios de prueba que, aún siendo lícitos, tienen su origen en los resultados que se obtienen a partir de una actuación ilegal, son ineficaces y, por tanto, no gozan de ninguna virtualidad en el proceso; circunstancia ésta que es conveniente rechazar, por el consiguiente perjuicio y menoscabo que pueden resultar para la disciplina, en general, y para la acción del Mando, en particular, que podría de esta forma quedar desautorizada; sino también —y no menos importante— habríamos de concluir que los interceptores, por mucho que actúen en nombre de la Institución, como responsables del sistema informático, habrían incurrido en una conducta penalmente reprochable. De no ser legítima la intervención o investigación no autorizada judicialmente de este tipo de correos puede integrar alguno de los delitos tipificados en los artículos 535 y 536 del Código Penal, que forman parte de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad.

Un dato especialmente significativo en el caso de la Administración castrense es el de la condición de militar del usuario cuyo correo electrónico se interviene, porque la sanción que le puede resultar de su indebida utilización lo será, precisamente, en aplicación de un régimen disciplinario específico⁸, que matiza y limita, más allá del régimen de los funcionarios públicos, en particular, y de los ciudadanos, en general, el ejercicio de determinados de-

⁸ El artículo 7.27 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas considera como falta leve “Deteriorar material o efectos de carácter oficial, de escasa entidad”. Y como falta grave, el artículo 8.15 de la L.O. 8/1998 “Utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero, todo ello cuando no constituya delito”, y en ocasiones, aunque más raramente, se podría incurrir en la falta grave del artículo 8.30 de la LO 8/1998 “Destruir, abandonar, deteriorar o sustraer caudales, material o efectos de carácter oficial cuando por su cuantía no constituya delito, adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros”. Dicha infracción disciplinaria va suponer la degradación al campo disciplinario del delito militar que castiga el artículo 190 del Código Penal Militar, cuando el hecho revista “escasa entidad”. Esta falta abarca tanto el hurto de uso como el fraude de uso, y supone el supuesto más frecuente de utilización abusiva de medios oficiales que se encuentren en posesión del responsable o sobre los que éste tenga plena disponibilidad.

rechos fundamentales, y les impone una mayor exigencia de acatamiento de las normas generales de la Institución y de los mandatos de sus superiores, pudiendo suponerles la comisión de una infracción disciplinaria una sanción particularmente penosa, al verse traducida, a diferencia de lo que sucede con otros funcionarios, en una sanción privativa de libertad (arresto).

A mi juicio, la cuestión fundamental en relación a la motorización del Lotus Notes parte de determinar el carácter oficial o no oficial, porque el carácter oficial determinaría que se trata de un medio que está al servicio de la Administración militar, y por el contrario, su carácter no oficial supondría la consideración del Lotus como un correo electrónico estrictamente privado del usuario del mismo.

El Lotus Notes es un medio oficial cuya titularidad corresponde al Ministerio de Defensa, que lo pone a disposición de sus miembros, y no existe un derecho subjetivo del militar a exigir la puesta a su disposición de este medio de comunicación. Se trata de un medio oficial destinado a facilitar la comunicación entre los miembros de las Fuerzas Armadas, para asuntos relacionados con el servicio de una forma rápida, eficaz y de bajo coste para el Ministerio de Defensa. De ello se deriva que la motorización del Lotus puede llevarse a cabo por el proveedor del servicio, la Administración Militar, que es la titular del mismo. Pero en ningún caso dicha intervención puede ser arbitraria (interdicción de la arbitrariedad, artículo 9.3 Constitución Española), sino que ha de estar fundamentada, en una serie de indicios de la ilicitud del contenido del mensaje transmitido vía Lotus.

El único control lícito es el autorizado por orden judicial expresa, que habrá de solicitarse del juez competente mediante petición razonada, en la que se expresen los indicios racionales que se manejan de que el usuario que se pretende investigar está cometiendo una infracción a través del correo electrónico, identificando cuál es dicha infracción.

No obstante, en la práctica es frecuente la intervención en el Lotus de un usuario por la Administración Militar, proveedora del mismo, y sin haber recabado previamente la autorización judicial pero siempre que exista un interés jurídico relevante en conflicto y que sea considerado de entidad superior. Dicha intervención en principio no es atentatoria de un derecho fundamental a la intimidad, ya que los derechos fundamentales no son absolutos, tal y como viene afirmando el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia mencionada a lo largo del estudio, consecuencia de la estructura jerarquizada y la disciplina reforzada propias de la Institución castrense. Estamos ante un medio titularidad del Ministerio de Defensa, creado para intercambiar información de asuntos relativos al servicio, y dicha intervención no es indiscriminada o arbitraria, sino que se basa en unos indicios objetivos (filtros, el envío a numerosos destinatarios,...) de la ilicitud del contenido del mensaje transmitido vía Lotus. Entre los motivos adicionales que se señalan para justificar ese uso estrictamente profesional de correo electrónico, se citan: el no perjudicar la imagen de la entidad, asociando su nombre a determinados contenidos de mensajes bien ilegales o bien meramente indecorosos o groseros; el no contribuir a la posible fuga de datos sensibles para la entidad, y el disminuir la posibilidad de importar

virus que afecten a los bienes de la organización para la que se presta el servicio. No caben controles genéricos o indiscriminados de correos electrónicos. En este punto habrá que acudir a la amplia doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y Constitucional citada, destacando el fundamento del principio de la proporcionalidad⁹, requisito que impondría la limitación del acuerdo a las intervenciones con fin constitucionalmente legítimo, que justifique el sacrificio del derecho fundamental, exigiendo una relativa gravedad del hecho o relevancia social del bien jurídico protegido y, en todo caso, la excepcionalidad, en la medida en que no exista otro medio de investigación con menos incidencia y causación de daño sobre los derechos fundamentales. En consecuencia, la medida de intervención del correo electrónico del entorno informático del *lotus notes* podría considerarse una medida justificada (ya que la información que se maneja puede tener carácter confidencial, reservado o secreto); idónea para la finalidad pretendida por el Ministerio de Defensa, que lo pone a disposición de sus trabajadores (verificar si dicho correo se utiliza correcta y debidamente); necesaria (ya que no existe otro mecanismo de control del tipo de información que se transmite); y equilibrada (pues la información que se maneja debe ser la relativa al servicio, y no la perteneciente a la esfera privada del usuario), por lo que debe descartarse que se produzca lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución.

Ha de pretenderse intervenir un correo-*lotus* en concreto, y siempre con la premisa de que existan sospechas racionales, fundadas y demostrables de que dicho usuario está cometiendo una infracción, disciplinaria o penal, a través del correo que se pretende intervenir, infracción ésta que ha de ser una de las tipificadas en la Ley Disciplinaria o Penal. Esta sospecha, para ser tenida por fundada y suficiente, no necesita tener el peso de los denominados “indicios racionales de criminalidad” que sustentan un procesamiento o una inculpación; bastando con que las sospechas vengan motivadas por una previa actuación del usuario (por ejemplo, que sean muchos los destinatarios de un mismo correo, enviado en la misma fecha, y dichos destinatarios tengan algo

⁹ Según explica el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia (por todas, sentencias de la Sala II 122/2000, de 16 de mayo, y 165/2005, de 20 de junio), “es preciso comenzar el análisis por la alegada infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). (...) que en sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige el estricto cumplimiento y respeto de una serie de exigencias constitucionales inexcusables, que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, como son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad y la existencia de control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida. De las citadas exigencias y a los efectos que ahora interesan (...) es preciso destacar los siguientes extremos:

a) El principio de proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida o relevancia social del bien jurídico protegido, pero también la ponderación de los intereses en juego para determinar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido.

b) el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida, indispensable para la corrección de la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, exige que el juez que autorice la intervención conozca los resultados obtenidos con la misma, para lo cual deberá precisar los períodos en que haya de dársele cuenta para controlar su ejecución”.

en común, como pertenecer a la misma promoción, o estar destinados en la misma Unidad, puede hacer nacer la sospecha fundada y racional de que dicho mensaje tenga un contenido sedicioso).

A pesar de lo expuesto, no debemos pensar que la utilización del Lotus se restringe a cuestiones meramente profesionales, sino que es un medio que puede ser utilizado para todo tipo de comunicación entre militares, siempre que se haga un uso moderado del mismo, y no se utilice para un fin ilícito, pues todo exceso será paralizado por la Administración proveedora del mismo.

8.1. Casuística en ámbito militar

8.1.1. *mforlop@fn.mde.es*

“Hombre atractivo, alto, moreno, muy apasionado, tierno, morbos, atlético y superdotado...”. Remitir a una página web especializada en contactos sexuales el anuncio encabezado por esta frase supuso dos meses de arresto a un Brigada de la Armada destinado en la base naval de Rota (Cádiz). El motivo del expediente disciplinario no está en el contenido del mensaje, por otra parte inmodesto (“si me pruebas sólo una vez, te volverás adicta a mí”, concluía), sino en la firma: “mforlop@fn.mde.es”, por tratarse de una dirección de correo electrónico correspondiente al servidor oficial de la Marina española (“fn” son las siglas de Fuerza Naval y “mde” las de Ministerio de Defensa de España).

Todos los miembros de las Fuerzas Armadas disponen de una dirección electrónica. Junto a la misma se les entrega una copia de la normativa de uso, en la que se hace constar que esa dirección de correo electrónico sólo puede emplearse para gestiones del servicio.

El Brigada habría incurrido por tanto en una falta disciplinaria grave consistente en “utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial” (art. 8.15 de la Ley 8/1998 de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas).

En el presente caso había que demostrar que el anuncio fue remitido a la página de contactos por el propio Brigada y que nadie suplantó su identidad. Aunque por Internet circulan numerosas copias del mensaje, al parecer la primera se envió a principios de enero desde un ordenador de la Base Naval de Rota.

El segundo problema estriba en que, pese a la prohibición, son muchos los militares que utilizan su dirección electrónica oficial para usos particulares. La Ley Disciplinaria no establece ninguna diferencia entre esta conducta y otras como puede ser la venta de un coche de segunda mano, así que habría que aplicar al Brigada otro tipo disciplinario si no se quiere incurrir en agravio comparativo.

8.1.2. “Otra vuelta de tuerca”

Es interesante la Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2005 acerca de la sanción impuesta a un Sargento 1ª del Ejér-

cito del Aire, de dos días de arresto en su domicilio como autor de la Falta disciplinaria leve prevista en el artículo 7.34 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, al insertar en el "Forum" del Ejército del Aire, vía "Intranet" del Ministerio de Defensa, un comentario o artículo de opinión en el que bajo el título "Otra vuelta de tuerca, ¿Cuántas más quedan?.." el encartado contestaba a otros artículos o comentarios que sobre el mismo tema de los cambios de destino por ascenso también se habían publicado en el mismo "Forum".

En dicho escrito el Sargento 1º refería cronológicamente sus vicisitudes y peripecias personales desde que ingresó en el Ejército del Aire, y en particular los negativos efectos que en el ámbito familiar, y económico producían los cambios de destino por promoción profesional. El forum era de acceso público a través de la red interna INTRANET del Ministerio de Defensa. Todos los mensajes insertados en el forum permanecieron en el mismo sin que conste haberse ordenado por mando militar alguno su retirada en base a su contenido, excepto el del demandante que permaneció más de dieciocho meses antes de recibirse la orden de retirada por el Jefe del Estado Mayor del Aire.

La sentencia anuló la sanción que le había sido impuesta, con el fundamento en que, aún habiéndose desbordado en el fondo y en las formas el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) concurría no obstante y era apreciable en el caso el error de prohibición exculpante, por cuanto que el comentario se insertó en un foro de intercambio de opiniones sobre asuntos de interés común para el conjunto de los funcionarios, militares y civiles, del Ejército del Aire con acceso a la red "Intranet", creado, mantenido y fomentado por la Administración sancionadora sin reglas concretas sobre las características y contenidos de las aportaciones, y en el que se introdujeron en las mismas fechas otros comentarios con expresiones también excesivas que no fueron corregidos, dándose la circunstancia de que el escrito del encartado permaneció "colgado" en la red dieciocho meses después de que recayera la sanción de que se trata.

La Sala realiza un juicio axiológico en función de las circunstancias en que se insertó el documento y sus contenidos en el espacio del "forum" del Ejército del Aire, para verificar si se afectaron con sus contenidos los bienes jurídicos a cuya protección tienden las específicas limitaciones inherentes al estatuto profesional de los militares (en el presente caso el derecho fundamental a la libertad de expresión); y en este sentido, uno de los factores a sopesar es el siguiente: la inserción de aquel texto en un espacio abierto puesto a disposición de los usuarios por las Autoridades del Ejército del Aire, como instrumento para el debate público a base de opiniones variadas sobre temas de interés común.

Considera que es incongruente brindar al personal militar, y civil también, la posibilidad de participar en el foro o debate sobre temas abiertos, comunes a los usuarios y luego dar lugar al reproche disciplinario, en las condiciones dichas y cuando ni siquiera advierten en el contenido del texto expresiones insultantes o injuriosas dirigidas a la superioridad. Estima que las manifestaciones expresadas por el encartado no tienen entidad suficiente

para integrar el tipo disciplinario aplicado, basándose para ello precisamente en la “naturaleza” del medio en que aquellas opiniones se publicaron, esto es, un foro de debate interno abierto por los mandos para que los usuarios del sistema informático pudieran plantear asuntos de interés común; la carencia de reglas sobre los contenidos y la existencia de otras aportaciones en parecidos términos aparecidos en el mismo foro sin que hubieran determinado reacciones disciplinarias.

8.1.3. *Marqués de la Ensenada*

Muy interesante por su relación con el derecho fundamental a la intimidad a bordo de un buque resulta el siguiente supuesto, un video de contenido pornográfico en un buque de la Armada, el “Marqués de la Ensenada” a cargo de miembros de la propia dotación.

La película, de unos quince minutos de duración y una deficiente calidad de visión, y que lleva por título “Desmadre en el Marquesito” muestra imágenes explícitas de sexo entre dos marineros, tomadas en la cubierta del petrolero y en dependencias interiores del buque de la Armada. El vídeo se grabó en noviembre de 2005, cuando el buque regresaba de unas maniobras y se difundió a través de Internet en diciembre de 2005. En cuanto tuvo conocimiento de los hechos la Armada, abrió una investigación, que derivó en un expediente disciplinario.

La investigación se inició a partir de una demanda presentada por la Marinero que aparece en la grabación ante el juzgado de lo civil de Cartagena por vulneración de su derecho fundamental a la intimidad. Esgrime en su defensa que ella no sabía que la estaban grabando y que fuera a ser difundida a través de la red. Además, le prometieron que la cinta iba ser destruida.

Inmediatamente se adoptó la medida de suspender cautelarmente de sus funciones a los Marineros. En cuanto al expediente disciplinario, el Ministro de Defensa (órgano competente para sancionar), a propuesta del Consejo Superior de la Armada, sancionó a los tres marineros protagonistas con la sanción disciplinaria extraordinaria de expulsión de las Fuerzas Armadas por la infracción consistente en “actos gravemente contrarios a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito”, en virtud del artículo 17.2 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El juez de la ordinaria deberá determinar quién grabó y colgó las imágenes en la red, ya que estos hechos pueden ser constitutivos de un atentado contra el derecho a la intimidad de la marinero.

Se pueden citar otros supuestos relacionados. También en la Base Naval de Rota, pero en la parte que ocupa la Marina estadounidense, un militar fue encausado por acceder a páginas de pederastia desde un ordenador de la Navy. Y en el Ministerio de Defensa un Coronel fue castigado con ocho días de arresto domiciliario en 2005 por despedirse del servicio activo remitiendo una proclama golpista a miles de usuarios de la red interna del departamento.

IX. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Entre los derechos fundamentales de la Constitución Española se encuentra el derecho a la intimidad respecto al tratamiento de la información por sistemas automatizados (artículo 18.4 de la Constitución). En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 declara que toda recogida y uso de datos que permitan la identificación de una persona, ya sean ideológicos, raciales, sexuales, económicos o de cualquier otra índole, debe de ser autorizada por el titular de los datos, así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los mismos.

Con la expansión de la informática se pueden tratar, almacenar y reunir datos que hasta ahora, al encontrarse dispersos, carecían de importancia. Sin embargo, al haber eliminado Internet las fronteras de espacio y tiempo, hoy en día es posible obtener un perfil extraordinariamente detallado de una persona. *“El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin”* (Extracto de la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000)

En el derecho interno español el desarrollo del derecho fundamental se efectúa mediante la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. En virtud del Real Decreto 994/1999 se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

9.1. Datos de carácter privado del militar

El examen de este derecho en el ámbito de la Defensa no presenta diferencias sustanciales con el régimen jurídico general, pero la confluencia de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas y la relación de especial sujeción que une a los miembros de las mismas configuran un tráfico jurídico propio en el que la praxis tiene su reflejo en el ámbito ajeno a la Defensa, sobre el que tanto la jurisprudencia como la labor de la Agencia Española de Protección de Datos han venido examinando situaciones de posible conflicto, de cuya experiencia es posible extraer consecuencias propias, anticipándose, en la medida de lo posible, a los inevitables problemas que esta normativa plantea.

El artículo 84 de la nueva Ley de Carrera Militar prevé un “Registro de personal”: *“1. En el Ministerio de Defensa existirá un registro de personal en el que estarán inscritos todos los militares profesionales y en el que se anotarán los datos de trascendencia administrativa del historial militar. 2. El Ministro de Defensa establecerá las normas generales reguladoras del registro de personal y de su funcio-*

namiento, teniendo en cuenta la legislación en materia de protección de datos de carácter personal”.

La confidencialidad de determinados datos que el titular no quiera que se divulguen por entenderlos afectos a su esfera privada tiene dos vertientes, una primera relativa a datos de carácter familiar y otra relativa a datos de índole sanitaria. Comenzamos con el estudio referente a datos de carácter personal.

9.1.1. *Datos de carácter personal*

Según la L.O. de Protección de Datos el militar, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a que sus datos de carácter personal, aún de índole pública, sin necesidad que sean de carácter íntimo, no sean divulgados libremente.

En el ámbito militar es especialmente relevante la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Quinta de 31 de marzo de 2004 en la que un Teniente Coronel de Regulares ordenó que todos los mandos y Tropa, casados o con hijos, destinados en su Unidad, dieran los datos personales relativos, no sólo al personal militar, sino también que rellenasen el número de identificación fiscal, fecha de nacimiento y santo de su esposa. Uno de los Tenientes de la Unidad, se negó a cumplimentar esa ficha, alegando haber recibido instrucciones en ese sentido de su esposa, diciendo ésta que si querían tales datos se los preguntasen directamente a ella. En este caso concreto el Tribunal Supremo afirma: *“Desde el punto de vista constitucional, tal como exhaustivamente ha analizado la Sentencia objeto de impugnación, la citada orden incluye datos susceptibles de protección dentro del concepto de intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, en el sentido de que los mismos están “vinculados a la propia personalidad”, en particular si se ponen en relación con el artículo 18.4 de la Constitución que limita “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos... Siendo así, el Tribunal Supremo considera que “...resultan totalmente ajenos al servicio los datos relativos a la esposa del Oficial que ha de rellenar la ficha,... esa parte de la orden puede considerarse no relativa al servicio”.* Estas cuestiones han sido objeto de tratamiento en múltiples pronunciamientos del Juez constitucional, entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988; 97/1991; 142/1993; 207/1996; 202/1999; 292/2000 y 156/2001.

La Sala considera que el Teniente obró de acuerdo con la legislación establecida, destacando que a pesar que los datos que se le solicitaban no eran datos secretos y que la mayoría de los ciudadanos los entregarían sin problemas, el concepto del derecho a la intimidad tiene también una perspectiva subjetiva (además de la objetiva predominante) que obliga a considerar legítimo que los particulares tengan una distinta consideración de lo que puede considerarse como exigible desde el punto de vista de la protección de datos respecto a la Administración, siempre que no sean requeridos para fines judiciales fiscales

o administrativos, o de otra índole, siempre que la ley prevea la obligación de proporcionarlos.

9.1.1.1. Sanciones

Es también trascendente el problema de la protección de datos relativos a sanciones que afectan negativamente a la intimidad y en especial a la imagen de la persona. Tal fue el caso de sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo del 2003 cuando un Guardia Civil sancionado por falta muy grave, alega en su defensa una violación de su derecho al honor y a la intimidad porque se accedió a su expediente confidencial para aportar a las actuaciones documentos contenidos en el mismo. La Sala desestima la pretensión del guardia, ya que la anterior ley de personal de la Guardia Civil, así como la actual y reciente ley disciplinaria prevén este tipo de actuaciones, aunque tiene la consideración de reservado, por lo que sólo puede acceder libremente a su contenido el interesado, su defensor, el instructor y el secretario.

La misma fundamentación se aduce en la sentencia del Tribunal Supremo 119/2003 en los que un piloto es sancionado por la infracción de la ley de incompatibilidades. El piloto alega que la Dirección General de Aviación Civil y la Tesorería General de la Seguridad Social habían violado su derecho a la intimidad al comunicar al instructor datos protegidos que resultaron inculpatorios. El Tribunal Supremo ha mantenido con rotundidad en diferentes sentencias que la obtención, a través de dichos órganos administrativos de los datos que se solicitaron, en absoluto violaron el derecho a la intimidad, pues pertenecen a la necesaria colaboración entre administraciones.

9.1.1.2. Informes personales de calificación e informes de evaluación (IPEC)

El apartado tercero del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos remite a sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por la propia Ley Orgánica al tratamiento de datos personales que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

El artículo 79 de la Ley de Carrera Militar establece que las vicisitudes profesionales del militar quedarán reflejadas en su historial militar individual, de uso confidencial, en el que no figurará ningún dato relativo a origen, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que pudiera constituir causa de discriminación, siendo competencia del Ministro de Defensa establecer las características de los documentos que lo componen y las normas para su elaboración, custodia y utilización, asegurando su confidencialidad.

Entre dichos documentos se encuentra la colección de informes personales actualmente regulados por la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación.

La consecuencia de la aplicación plena de las normas de la Ley Orgánica de Protección de Datos sería el acceso del interesado a los datos de carácter personal comprendidos en los mismos, si bien en principio los mismos no pueden ser conocidos por el interesado. Por un lado, la normativa reguladora de los IPEC,s exige que la parte relativa a los datos personales que identifican el informe sean suscritos por el interesado. Sin embargo es cierto que en el contenido de los informes se incluyen valoraciones subjetivas con evidente trascendencia profesional, pero ello nada tiene que ver con la aplicación de la Ley de Protección de Datos, sino el posible derecho a discutir la realidad de las valoraciones vertidas y las puntuaciones otorgadas.

Lo dicho es plenamente aplicable a los otros documentos que conforman el historial militar como son la hoja de servicios y los expedientes de aptitud psicofísica (art. 79 Ley de Carrera Militar).

9.1.2. *Datos de interés sanitario*

La información relativa al estado de salud de un individuo es también objeto de la esfera personal del individuo, y por lo tanto susceptible de afectar al derecho a la intimidad, pudiendo afirmarse que estos datos relativos a la salud poseen una mayor proyección en el ámbito del derecho a la intimidad que el de la protección como dato de carácter personal tal y como se deriva del artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad: *“Queda plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quién en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica”*.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas, el artículo 83.4 de la nueva Ley de Carrera militar establece que “los resultados de los reconocimientos médicos quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya”. La Orden PRE/2373/2003, 4 de agosto, por la que se reestructuran los órganos médico periciales de la Sanidad Militar y se aprueban los modelos de informe médico y cuestionario de salud para los expedientes de aptitud psicofísica, en su artículo 8, apartado tercero dispone que los dictámenes médicos quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que les atribuya la legislación en materia sanitaria y la reguladora de la protección de datos de carácter personal; confidencialidad que el apartado quinto, del artículo 10, otorga a las deliberaciones de la Junta al decir que *“tendrán el carácter de confidencialidad que debe reunir todo acto médico”*.

Dispone el reciente Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales para las Fuerzas Armadas de 28 de diciembre de 2007, en su artículo 17: “Protección de los datos relativos a la salud”. *“Las medidas de vigilancia y control de la*

salud se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad del personal y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, de conformidad con lo prevenido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”. A pesar de este precepto, una vez más entra en colisión el derecho a la intimidad con el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas, que necesita conocer el estado de todos los efectivos con el fin de cubrir las necesidades propias del servicio. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 2005 se refiere al artículo 117 del Código Penal Militar dentro de la rúbrica de la “deslealtad”, concretamente, estudiando esta sentencia la impugnación formulada por el recurrente en el sentido de que la conducta de los mandos de su Unidad, al recabar información de los facultativos que le atendían sobre su estado de salud y situación clínica, ha podido infringir el derecho de los ciudadanos a la confidencialidad “de toda información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias”. La Sala rechaza esta argumentación, diciendo, ante todo, que *“ese control es obligado para el Mando y lo verifica directamente o a través de la Oficial Médico del Centro de destino en cumplimiento de las obligaciones que la Ley 85/1978, de 25 de diciembre de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas establece en sus artículos 98, 99 y 103 y lo formula, a juicio de la Sala, sin detrimento de su deber de respeto a la Constitución y también a la intimidad personal de los militares, consagrado en los artículos 168 y 174 de las propias Reales Ordenanzas”*. En consecuencia, la conducta del Jefe de la Unidad y, de su orden, del Oficial Médico correspondiente al interesar información sobre cuanto correspondía a la situación de baja médica del recurrente, lejos de suponer una intromisión ilegítima en la intimidad de éste, constituían un estricto cumplimiento de las obligaciones militares correspondientes a sus respectivos destinos, amparadas en la normativa legal y llevadas a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables. Más aún si se tiene en cuenta que no se solicitó en absoluto una “historia clínica” sino una mera actualización administrativa de la situación de baja médica al encontrarse contradicha con el fallo de un Tribunal Médico Colegiado de la Administración y ello con respeto absoluto por el mando al derecho a la intimidad que ostenta —como todo militar— plenamente el recurrente, cumplimentando deberes específicos y con una motivación y una finalidad digna de protección, cual es la derivada del esclarecimiento de la situación de aptitud total o parcial para el servicio de un Suboficial.

Distinta es la cuestión planteada en el caso de las **enfermedades contagiosas**, pues una vez más, entra en juego el conflicto de derechos entre la intimidad del enfermo y la necesidad de mantener un adecuado estado de salubridad en las unidades. A mi juicio, el Médico y el Jefe de la Unidad deben de velar además de por su obligación de mantener la unidad con el máximo de efectivos posibles, proteger del contagio al resto de los compañeros que pudieren tener contacto con los enfermos. En este supuesto, parece lógico que se tomen medidas de aislamiento que por su naturaleza hiciesen público incluso el tipo

de dolencia que padece el enfermo. Aunque obviamente, siempre con el máximo respeto que sea posible a la intimidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, 25 de febrero de 2002, afirma la inexistencia de afectación a la intimidad en los partes médicos, en unión del dictamen médico presentado por el interesado y que obliga al periódico seguimiento del proceso patológico por el Jefe de la Unidad en orden a controlar a partir de qué momento pueda éste prestar servicio. Además señala la sentencia que el dictamen del Tribunal Médico Militar, hoy Junta Médico Pericial, ha de ser conocido necesariamente por la Administración para que surta efectos y que, en consecuencia, en modo alguno puede afectar al derecho a la intimidad. Ese derecho-deber de control del Jefe de las Unidades se mantiene en la Instrucción 169/2001 de 31 julio, de la Subsecretaría de Defensa, sobre bajas temporales para el servicio, y es el Jefe de la Unidad el competente para acordar la baja temporal para el servicio conforme a los dictámenes médicos, siendo también el competente para acordar el alta temporal, siendo informado periódicamente de la evolución y seguimiento de la baja por el Servicio Médico de la Unidad. El fundamento se encuentra en la obligación de disponibilidad respecto de su Unidad que existe para todo militar, incluso aquél que se encuentra en situación de baja médica, con la finalidad última de que el mando militar sepa con cuántos efectivos y el estado de los mismos cuenta para las distintas misiones.

Un específico supuesto de comunicación de datos entre Administraciones Públicas, que afecta a los datos de salud, lo encontramos en la cesión de datos obrantes en procedimientos administrativos de una naturaleza específica. Dentro de dicha casuística encontramos la cesión de datos clínicos obrantes en expedientes administrativos de PÉRDIDA DE APTITUDES PSICOFÍSICAS. Tales procedimientos regulados en el artículo 83 de la nueva Ley de Carrera Militar tienen por finalidad, precisamente, determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a efectos de la limitación para ocupar determinados destinos, del pase a retiro o de la resolución del compromiso, según corresponda. Ahora bien, el conocimiento de tales datos por parte de la Administración, aún en ejercicio de potestades del régimen de personal, esto es autoorganización, no excluye que, de oficio, la Administración, a quien la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, atribuye personalidad jurídica única, pueda emplear tales datos en ejercicio de otras potestades igualmente legítimas.

9.1.3. *Creación de ficheros de datos de carácter personal*

El artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del

Estado» o Diario Oficial correspondiente. Desde la publicación de la Orden 75/1994, de 26 de julio, por la que se regulan los ficheros de tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Ministerio de Defensa, a fin de dar cumplimiento al mandato legal y para garantizar la máxima transparencia en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, asegurando así a los ciudadanos el ejercicio de sus legítimos derechos, la Orden DEF/69/2001, de 29 de marzo, amplía la citada, sucesivamente modificada por las Órdenes 34/1995, de 09 de marzo, 33/1996, de 15 de febrero, 11/1998, de 15 de enero, 343/1998, de 21 de diciembre, 200/1999, de 30 de julio y 86/2000, de 24 de marzo, ampliando los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes. Por su parte, la Orden DEF/2437/2006, de 16 de julio, modificada por la Orden DEF/2412/2008, de 30 de julio, hace lo propio con los ficheros de datos que obran en el Instituto Social de las Fuerzas Armadas. Mediante la Orden DEF/2409/2008 se crea el fichero de control de acceso y videovigilancia en el Ejército del Aire, y por la Orden DEF/2410/2008, de 30 de julio, se crea un fichero de datos de carácter personal del Centro Militar de Farmacia de la Defensa (Laboratorio de Referencia y Servicio de Toxicología).

De los ficheros de titularidad pública del Ministerio de Defensa, actualmente registrados en la Agencia Española de Protección de Datos, podemos destacar los ficheros SIPERDEF y PENSIONES MILITARES dependientes de la Dirección General de Personal. La finalidad del primero es permitir la ejecución de las funciones derivadas del mantenimiento y actualización del registro de personal militar y civil del Departamento y sus Organismos Autónomos, la ejecución de la nómina unificada del Ministerio de Defensa y la gestión del plan de pensiones de la Administración General del Estado en el ámbito del Departamento. Ya el artículo 84 de la Ley Carrera Militar dispone que en el Ministerio de Defensa existirá un registro de personal en el que estarán inscritos todos los militares profesionales y en el que se anotarán los datos de trascendencia administrativa del historial militar, debiendo establecer el Ministro de Defensa las normas generales reguladoras del registro de personal y de su funcionamiento, teniendo en cuenta la legislación vigente en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. La finalidad del segundo es permitir la ejecución de las funciones que en materia de pensiones generadas por personal militar tiene atribuidas el Director General de Personal. Dependiente de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, el fichero DATOS CLÍNICOS DE PACIENTES, cuya finalidad es permitir la ejecución de las funciones que en materia de sanidad tienen atribuidas la Dirección General de Personal y los Ejércitos en aplicación de la legislación vigente. Se usa por personal debidamente autorizado de la Dirección General de Personal y Mandos de Personal de los Ejércitos para la gestión del colectivo en materia de sanidad. Mediante la Orden DEF/2411/2008, de 30 de julio, se crea un fichero de datos de carácter personal sobre historiales clínicos en el Cuartel General del Ejército de Tierra.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALIA PLANA, MIGUEL: “Consideraciones Jurídicas sobre la implantación y desarrollo de la Administración Electrónica Militar”.
- APARICIO SALOM, J.: “Estudio Sobre La Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal”. Bosch, 2002.
- BERNADÍ GIL, XAVIER: “Derecho Público y Administración Electrónica: una visión panorámica”.
- ESTADELLA YUSTE, O. “La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales”. Tecnos. Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ: “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional”, Madrid, Cívitas, 1993 y “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, Derechos y Libertades, 1994.
- REBOLLO DELGADO, L.: “Derechos Fundamentales y Protección de datos” Dyc-kinson, S.L. 2004. ¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador? (Comentario a la STS 26 septiembre 2007, rec. 966/2006).
- VIZCAÍNO CALDERÓN, M. “Comentarios A La Ley Orgánica De Protección De Datos De Carácter Personal”. Cívitas, 2001.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en materia de Derechos Fundamentales al Secreto de las Comunicaciones y de la Intimidad.