

**monografías**

ALTA CALIDAD EN  
INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



**tirant**  
lo blanch

*Directores:*

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE

# DE LA INTIMIDAD A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Un derecho en construcción



**DE LA INTIMIDAD A LA VIDA PRIVADA  
Y FAMILIAR**

**Un derecho en construcción**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la  
Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# DE LA INTIMIDAD A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Un derecho en construcción

*Directores:*

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA  
GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE

*Autores:*

ANTONIO ARROYO GIL  
JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS  
ASCENSIÓN ELVIRA PERALES  
LUIS FERNÁNDEZ ANTELO  
LUIS I. GORDILLO PÉREZ  
GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE  
FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA  
MARINA A. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

**tirant lo blanch**

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

La Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León ha sufragado la edición de la presente obra, que se edita en el marco y con financiación parcial del Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12-2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y con financiación de la Agencia Estatal de Investigación y de fondos FEDER.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 9978-84-1336-353-0  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresapoliticas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresapoliticas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)

# Índice

ABREVIATURAS .....	13
INTRODUCCIÓN .....	15

## LA INTIMIDAD FAMILIAR

### INTIMIDAD Y DATOS GENÉTICOS

(Filosofía, forum shopping y dispersión normativa)

LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

1. INTRODUCCIÓN.....	21
2. ESTADO DE LA CIENCIA VS. ESTADO DE LA NORMA .....	22
3. NORMATIVA DE APLICACIÓN, EFECTIVIDAD Y CONCEPTOS INDETERMINADOS .....	23
4. DATOS, SOBERANÍA TERRITORIAL Y FÓRUM SHOPPING.	28
5. EL CONTROL JURÍDICO DEL BIG DATA Y SU IMPOSIBILIDAD.....	29
6. CONSENTIMIENTO INDIVIDUAL EN LAS CESIONES DE DATOS GENÉTICOS. CAPACIDAD (CONSENTIMIENTO DE MENORES), DOLO Y NEGLIGENCIA DE LOS ACTORES. LA IDONEIDAD DE LAS <i>MASS ACTIONS</i> COMO INSTRUMENTO JURISDICCIONAL EFICAZ PARA LA EXACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	31
7. LA CLÁUSULA DEL APARTADO 4 DEL ART. 9 RGPD. CONTENIDO, EFECTOS Y POSIBILIDAD DE SUPERVISIÓN EFECTIVA DE CUMPLIMIENTO.....	36
8. JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA .....	37
9. CONCURRENCIA DE INTERVINIENTES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS GENÉTICOS Y EXACCIÓN DE RESPONSABILIDADES INDIVIDUALES. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REACCIÓN. LA NECESIDAD DE VOLVER A LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS TRADICIONALES .....	41
10. LA IDONEIDAD DE LAS DECLARACIONES DE IMPACTO DEL ART. 35 RGPD EN MATERIA DE GENÉTICA Y PROTECCIÓN DE DATOS .....	42
11. CONCLUSIONES .....	44

## ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS

ANTONIO ARROYO GIL

1.	INTRODUCCIÓN CON <i>SPOILER</i> .....	47
2.	DE LAS APARIENCIAS, LAS PRESUNCIONES Y SU TRASCENDENCIA .....	48
3.	UN PAR DE (CRUDOS) APUNTES SOBRE LA REALIDAD DE LAS PERSONAS LGTBI .....	50
	3.1. Contexto internacional.....	51
	3.2. España .....	52
4.	UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL.....	57
5.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD O A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES .....	59
	5.1. Tribunal Constitucional español.....	60
	5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	61
	5.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	63
	5.4. Conclusión provisional.....	64
6.	EL DERECHO A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL .....	67
7.	A MODO DE CONCLUSIÓN .....	78
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	79

## LA VIDA PRIVADA

### LA EMERGENCIA DE UN DERECHO AL DISFRUTE DE UN (MEDIO)AMBIENTE PACÍFICO, SANO Y LIMPIO

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

1.	INTRODUCCIÓN.....	85
2.	EL PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO (ARTÍCULO 8) .....	86
3.	LA RECONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO: ¿DERECHO LÍQUIDO O COMODÍN? .....	91
4.	LA INCLUSIÓN DE OTRAS DISPOSICIONES CONVENCIONALES EN EL NUEVO DERECHO EN CONSTRUCCIÓN.....	95
5.	LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN EL ÁMBITO NACIONAL .....	101
6.	REFLEXIONES FINALES .....	107
7.	BILIOGRAFÍA.....	109



## DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

ASCENSIÓN ELVIRA PERALES

1.	INTRODUCCIÓN.....	115
2.	LA TARDÍA REGULACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	117
	2.1. Delitos susceptibles de provocar una intervención de las comunicaciones.....	119
	2.2. Requisitos formales de las intervenciones.....	122
	2.3. Indefinición del derecho fundamental afectado.....	125
	2.4. Obligaciones por parte de terceros.....	126
3.	NUEVAS TECNOLOGÍAS, MAYORES DIFICULTADES.....	128
	3.1. Terminales telefónicas.....	129
	3.2. Correo electrónico y redes de mensajería instantánea.....	130
	3.3. Ordenadores u otros aparatos electrónicos.....	133
	3.4. Redes sociales.....	135
	3.5. El denominado ‘entorno virtual’.....	136
4.	CONCLUSIONES.....	137
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	139

## LA VIDA PRIVADA EN EL ÁMBITO LABORAL

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

1.	INTRODUCCIÓN.....	141
2.	LA PROYECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN EL ÁMBITO LABORAL Y PROFESIONAL: SU INCIDENCIA EN EL ACCESO AL EMPLEO O EN LA PÉRDIDA DEL PUESTO DE TRABAJO.....	145
3.	LA GARANTÍA DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: EL CONTROL POR EL EMPLEADOR DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE LOS TRABAJADORES.....	165
	3.1. La oscilante doctrina del Tribunal de Estrasburgo.....	165
	3.2. El impacto del test acuñado en la sentencia <i>Barbulescu II</i> en la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales.....	175
4.	VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LAS IMÁGENES CAPTADAS POR CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO.....	185
	4.1. La doctrina del Tribunal de Estrasburgo.....	185
	4.2. El contraste entre la doctrina del TEDH y la que mantienen tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.....	193

**DE LAS RESERVAS IRLANDEASAS A LA CDFUE A LA  
“REVOLUCIÓN TRANQUILA”: EL PROCESO DE  
MODERNIZACIÓN DE IRLANDA**

GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE

1.	ANTECEDENTES: LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA Y LAS PREOCUPACIONES PLANTEADAS POR IRLANDA	203
2.	LA SOLUCIÓN ADOPTADA A LOS OBSTÁCULOS DE IRLANDA: ¿UNA SOLUCIÓN MÁS POLÍTICA QUE JURÍDICA? .....	208
2.1.	Desde la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, sobre las preocupaciones del pueblo irlandés en relación con el Tratado de Lisboa y la Declaración solemne sobre los derechos de los trabajadores, la política social y otras cuestiones... ..	208
2.2.	...hasta el Protocolo (nº 38) sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa .....	211
3.	LA CUESTIÓN DE FONDO DEL CASO IRLANDÉS O LA PRETENSIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	212
3.1.	Sobre Irlanda y el derecho a la vida.....	213
3.1.1.	Irlanda, la CDFUE y el derecho a la vida .....	213
3.1.2.	Irlanda, el CEDH y la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo: La polémica sentencia del TEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda de 16 de diciembre 2010 .....	215
3.1.3.	La despenalización del aborto y la derogación de la octava enmienda en Irlanda .....	219
3.2.	Sobre Irlanda, la CDFUE y el derecho a la educación y la familia. Cuestiones particulares sobre el divorcio y el matrimonio homosexual.....	220
4.	CONCLUSIONES .....	223
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	225

**LA VIDA FAMILIAR**

**¿LOS MENORES TIENEN UN DERECHO A NO SER  
SEPARADOS DE SUS PROGENITORES? HACIA UNA  
NECESARIA REDEFINICIÓN DE LA INTIMIDAD FAMILIAR  
CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA**

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1.	INTENCIONES.....	231
----	------------------	-----

2.	SOBRE EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS ASCENDIENTES DIRECTOS .....	232
3.	LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR VINCULADA CON LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES.....	235
3.1.	La evolución del precepto normativo .....	235
3.2.	Algunas notas sobre el precepto en examen.....	238
4.	LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	241
4.1.	La jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros .....	241
4.2.	La jurisprudencia sobre el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes.....	245
4.3.	La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el Derecho español .....	249
5.	LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PADRES EN LA UNIÓN EUROPEA.....	255
5.1.	La normativa de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español.....	255
5.2.	La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	258
6.	LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO PUNTO DE CONTRASTE.....	264
6.1.	La expulsión administrativa de extranjeros .....	265
6.2.	La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 (sin menores de por medio).....	269
6.3.	La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 cuando su aplicación afecta a menores .....	273
7.	LA NECESIDAD DE REVISAR EL ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DEL ARTÍCULO 18.1 CE.....	276

**UNA CLASIFICACIÓN DE LAS SALVAGUARDIAS  
QUE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH  
PRESERVAN LA UNIDAD FAMILIAR  
EN EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

1.	INTRODUCCIÓN.....	283
2.	ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: PLURALIDAD DE FUENTES Y DE NORMAS.....	284

2.1. Respeto a la vida privada y familiar en el Derecho internacional de los derechos humanos: omisiones y menciones expresas a la reagrupación familiar .....	285
2.2. Fundamentos de la reagrupación familiar en el sistema convencional europeo .....	288
2.3. Fundamentos de la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea .....	290
2.4. Incorporación de la protección internacional de la vida en familia en la reagrupación familiar en el Derecho español de extranjería .....	293
3. SALVAGUARDIAS DE LA UNIDAD FAMILIAR EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: <i>UNA CLASIFICACIÓN</i> .	297
3.1. Sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar ..	299
3.2. Sentencias que toman en consideración a la integración en el país de acogida como parte del contenido de la vida familiar	302
4. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	311
5. BIBLIOGRAFÍA.....	312

# ABREVIATURAS

AA.VV:	Autores varios
AATC:	Autos del Tribunal Constitucional
AATS:	Autos del Tribunal Supremo
ADN:	Ácido desoxirribonucleico
ARN:	Ácido ribonucleico
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CDFUE:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE:	Constitución española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDN:	Convenio Internacional de los Derechos del Niño
CP:	Código penal
Dir:	Director
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
FB:	<i>Facebook</i>
FELGTB:	Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales
ILGA:	Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales
LGTBI:	Lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales
LO:	Ley orgánica
MOCEOP:	Movimiento pro Celibato Opcional
OHCHR:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ONU:	Organización de Naciones Unidas
RDP:	Revista de Derecho Político
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
REDI:	Revista Española de Derecho Internacional

RGDC:	Revista General de Derecho Constitucional
RGPD:	Reglamento General de Protección de Datos
RJUAM:	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH:	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRC:	Teoría y Realidad Constitucional
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
UNFPA:	Fondo de Población de Naciones Unidas
VIH:	Virus de inmunodeficiencia humana

# INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en el Proyecto estatal de investigación *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos*. Hasta el momento, son más de media docena de libros que, vinculados con este proyecto, han sido publicados. En algunos de ellos se ha pretendido examinar críticamente las condenas reiteradas por parte del Tribunal de Estrasburgo al Reino de España y establecer estrategias que permitan, en alguna medida, paliarlas. Este era el primer eje de nuestra investigación. El segundo aborda el estudio de los derechos en transformación y de nuevos derechos. En esta dirección puede afirmarse, sin ambages, que la intimidad, la vida privada y la vida familiar están conociendo una expansión permanente en nuestros tiempos.

El avance en los derechos (humanos y/o fundamentales) relacionados con estos bienes guarda directa relación con la tecnología. La intimidad genética, por ejemplo, es una realidad tangible desde que la ciencia ha permitido progresar en el conocimiento del ADN. También la informática ha alumbrado nuevos derechos (la protección de datos de carácter personal) y ha modificado seriamente otros ya clásicos (como el secreto de las comunicaciones). Existen otros ámbitos de interés en esta materia como la incidencia de las nuevas tecnologías en el alcance del derecho a la intimidad en el ámbito laboral.

Otras variaciones del derecho a la intimidad tienen que ver más estrechamente con la dimensión cultural de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, puede comprobarse una clara evolución en el alcance de la intimidad corporal, aquélla que guarda relación con el recato personal. Es patente que nuestras ideas discrepan, en esta materia, de las que existían a comienzos del siglo XX.

Ahondando en esta visión cultural, se ha producido una lenta pero imparable evolución en la noción misma de intimidad, conectada con la dignidad, que cada vez se vincula más con la vida privada, también relacionada con el libre desarrollo de la personalidad. Desde esta perspectiva comienza a justificarse la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo en la libre decisión de la gestante, y el Tribunal

Constitucional reinterpreta los derechos a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio para que sean útiles en la defensa de la paz medioambiental en el hogar. Nuestro alto Tribunal sigue, en este último caso, la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Estrasburgo en algunas Sentencias en las que condena al Reino de España. Sin embargo, se ha negado expresamente a conectar el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE), con el derecho de los menores a no ser separados de sus padres, o con el derecho a la reagrupación familiar, aunque tales derechos formen parte del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la vista de estos datos, resulta procedente examinar, en profundidad, si estamos asistiendo a una evolución de nuestro clásico derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que lo acerca, cada vez más, al derecho a la vida privada y familiar regulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hemos decidido estructurar esta obra en tres partes. La primera aborda temas novedosos que guardan relación con la (tradicional) intimidad personal. El Magistrado Luis Fernández Antelo examina la intimidad genética y el profesor Antonio Arroyo se ocupa de la incidencia de la orientación sexual en la protección de los derechos humanos.

La segunda parte de esta obra analiza el derecho a la vida privada. Se abre éste con un trabajo sobre el derecho a la paz medioambiental (también denominado popularmente derecho al silencio) escrito por el profesor Luis Gordillo. A continuación, Ascensión Elvira Perales reflexiona sobre el derecho al secreto de las comunicaciones. Por su parte, Juan María Bilbao Ubillos es responsable de una contribución sobre la vida privada en el ámbito laboral. Se cierra esta parte del libro con un artículo relativo a las reservas expresadas por el pueblo (léase Gobierno) irlandés en relación con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La inclusión de este trabajo, firmado por la codirectora de esta obra merece una explicación adicional.

A la hora de diseñar el proyecto de investigación estatal en el que se inscribe este volumen, se llamaba la atención del Protocolo anejo al Tratado de Lisboa sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con



respecto al Tratado de Lisboa. Este documento resulta interesante por varias razones. Expresa, en primer lugar, una visión cultural propia sobre instituciones, como la vida o la familia, que conforman derechos fundamentales de gran relevancia. Plantea, además, por recogerse en un Protocolo, un espinoso interrogante sobre si la aplicación de la Carta debe ser uniforme en el territorio de la Unión o puede optarse por un modelo de geometría variable (entendimiento siempre delicado cuando hablamos de derechos fundamentales). Y permite, asimismo, en tercer lugar, examinar si la interpretación de las disposiciones de la Carta realizada por los órganos de la Unión (destacadamente, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) puede influir en el Derecho constitucional irlandés. Pensábamos que todas estas cuestiones merecían ser tratadas en el marco del Proyecto estatal de investigación, y decidimos ubicar este debate en la presente obra colectiva sobre el derecho a la vida privada.

La tercera parte de este estudio incluye dos reflexiones sobre la vida familiar, que guardan relación con los derechos de los menores a no ser separados de sus progenitores y los límites que se imponen a la expulsión de extranjeros y con la reagrupación familiar. Mientras que el codirector de esta obra se encarga de la primera cuestión, la profesora Marina Vargas asume la segunda.

Es habitual que los trabajos que se incluyen en libros colectivos sean previamente debatidos en reuniones del proyecto de investigación. En esta ocasión, gracias al apoyo de la prestigiosa Fundación Manuel Giménez Abad, hemos defendido los trabajos aquí reunidos en una Jornada celebrada en Zaragoza el 22 de marzo de 2019. Esta, que fue organizada conjuntamente por la citada Fundación y nuestro Proyecto, ha contado además con la colaboración de otros Proyectos de investigación [Proyecto sobre la nueva protección jurídica de las personas vulnerables, DER2015-69120-R (MINECO-FEDER) y sobre el impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español (Orden EDU/546/2018, de 25 de mayo)], de las Cortes de Aragón y del Grupo de Investigación Reconocido en Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Debemos, pues, agradecer todas estas sinergias que sirven para optimizar la investigación y diseminar mejor sus resultados. Queremos mostrar especial gratitud a José Tudela, máximo responsable de la Fundación Manuel Giménez Abad, con el que ha sido muy fácil tra-

bajar, y a Elena Martín, que ha sido esencial para que la celebración de la Jornada fuera un éxito.

Todos los autores que firman las contribuciones del presente libro son miembros del Proyecto de Investigación, excepto Luis Fernández Antelo, magistrado inquieto, que fue reclutado por el Director del Proyecto al saber que estaba ocupado y preocupado por el interesante tema de la intimidad genética. Debemos agradecer su esfuerzo, así como el de los restantes autores que, hace algunos años, se embarcaron en un proyecto de investigación que, gracias a su labor individual y colectiva, está materializándose en un buen número de monografías, libros colectivos y contribuciones individuales en Revistas de impacto. Rodearse de profesores rigurosos y serios suele ser garantía de éxito. Y este volumen es una buena prueba de ello.

Un ejemplo de rigor profesional es el que representa la profesora Graciela López, que ha tenido a bien coordinar las Jornadas celebradas en Zaragoza y codirigir el presente libro. Siempre es un placer trabajar a su lado y aprender de ella.

Finalmente, Tirant Lo Blanch vuelve a acoger un libro (es el séptimo) generado en el seno del proyecto de investigación. Es una suerte poder contar con el respaldo de una editorial que cuenta con sólido prestigio y excelente red de difusión. Por estas razones debemos agradecer su implicación en esta obra que ahora sí, sin más dilación, sometemos a la consideración del lector.

*Madrid, diecisiete de julio de dos mil diecinueve*

**Francisco Javier Matia Portilla**

# **LA INTIMIDAD FAMILIAR**



# INTIMIDAD Y DATOS GENÉTICOS (Filosofía, forum shopping y dispersión normativa)

Luis Fernández Antelo

## 1. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre genética, protección de datos e intimidad en los tiempos actuales es labor más filosófica que jurídica. De hecho, la proporción entre el estado de desarrollo de ambos campos es similar a la que, entre formulación y posibilidad de demostración fáctica, se encuentra en la física teórica, una disciplina en que las teorías tardan décadas, incluso siglos, en poder demostrarse fácticamente, dado el estado de la ciencia al tiempo de la formulación de cada postulado o principio concreto. Baste recordar que el Bosón de Higgs, identificado como de necesaria existencia en la teoría en 1964, no pudo ser demostrado materialmente hasta recientes fechas. En similar sentido la antimateria, cuya existencia efectiva, razonada en 1965 (1928 si nos ceñimos a las antipartículas) tampoco pudo ser demostrada hace menos de una década.

A fecha de hoy, la posibilidad de los kits caseros de ADN y demás direct-to-consumer (DTC) tests genéticos que se pueden comprar en Amazon y otras webs de compra online convive con la preparación, por las grandes corporaciones de software y ciencia, de un escenario de posibilitación fáctica de grandes repositorios de información genética. Baste consultar al respecto las características –y capacidad– de google genomics, la configuración de hélix<sup>1</sup> y otras creaciones concebidas, en gran medida, para la gestión de petabytes de información.

---

<sup>1</sup> Vid reflexión al respecto en el MIT Review, <https://www.technologyreview.com/s/608313/a-dna-app-store-is-here-but-proceed-with-caution/>

Big Data en estado puro, referida no solo a identificación de preferencias, gustos, intenciones de voto o ideologías, sino también a la posibilidad de que un trabajador no pueda agotar su vida laboral óptima por motivos vasculares, o a que no valga la pena asegurarle, dadas las probabilidades de desarrollar patologías oncológicas a temprana edad. La existencia y funcionamiento de los mismos no es, desde luego, ilegal, pero las posibilidades que ofrece su uso en un mundo globalizado, con distintos sistemas –y niveles– de protección de los datos, por determinados usuarios con el único interés de mercantilizar y rentabilizar información sensible que pueda ponerse a la venta al mejor postor ofrece dudas, plantea incógnitas y suscita la necesidad (cada vez más acuciante) de un control efectivo de sendas obtención, almacenamiento, tratamiento, oferta y uso de los mismos.

En el presente trabajo, tras abordar, delimitar y contraer la problemática de la protección jurisdiccional efectiva de la genética, se examinan los posibles medios tanto de protección normativa como niveles de tutela jurisdiccional, a nivel ordinario como europeo, desde el punto de vista del número de demandantes (mass actions) e instancia internacional, dependiendo de la naturaleza privada o institucional (directa, indirecta –a través de los arts.6 y 13 CEDH– e incluso normativa –a nivel de responsabilidad del estado legislador–) de los responsables de la lesión

La mayor amenaza para el derecho a la intimidad en materia de datos genéticos es el de su distribución lucrativa, desde territorios sin normativa o protección, a entidades como aseguradoras, de venta de datos laborales y similares. En este trabajo, se intenta, sobre todo, poner de manifiesto tanto la realidad de tal posibilidad como la insuficiencia de mecanismos, legales, institucionales y jurisdiccionales, para acotarla.

## 2. ESTADO DE LA CIENCIA VS. ESTADO DE LA NORMA

En la materia que nos ocupa rige un axioma de cumplimiento progresivamente inexorable. Reza que si tradicionalmente el campo de la ciencia ha venido avanzando a mayor velocidad que la realidad jurídica, en la última década, y en el concreto campo de la genética,

el decalaje entre realidad física y realidad jurídica ha crecido hasta convertirse en un abismo de cuasi imposible salvación. Genética, Inteligencia Artificial, redes neuronales, ordenadores personales cuánticos, ciberseguridad, cibertrading ... son campos que avanzan no solo al unísono, sino casi siempre apoyándose los unos en los logros de los otros, en una suerte de evolución en que la faceta reactiva de verdadera invención no surge porque, sencillamente, no es precisa. De tal modo, el derecho no puede avanzar al unísono con tal progreso, perdiendo cualquier virtualidad para regular campos y avances cada vez más complejos y rápidos, en un mundo global, mayoritariamente virtual, en que las fronteras o bien no existen, o bien son fácilmente franqueables mediante la llamada ingeniería financiera, legal o el fórum shopping. Hasta las herramientas jurídicas clásicas de supervisión, control y represión han perdido su validez, cabría comprobar. Vivimos, pues, la gran contradicción jurídica consistente en que nunca ha habido tanto nivel de protección jurídica en una materia tan frágil (por fácticamente imposible de proteger en un mundo tecnológicamente globalizado) cual son los datos, erigidos en la actualidad, en probablemente el objeto de deseo más desprotegido de la historia de la civilización.

### 3. NORMATIVA DE APLICACIÓN, EFECTIVIDAD Y CONCEPTOS INDETERMINADOS

Prosiguiendo con los axiomas de aplicabilidad al campo jurídico, resulta a fecha de hoy incontrovertido que existe una relación de proporcionalidad inversa entre conceptos indeterminados y aplicabilidad práctica de las disposiciones de los diversos textos normativos a disposición de los operadores jurídicos. De tal modo, cuanto mayor es la cantidad de conceptos indeterminados que se pueden encontrar en una concreta norma, más difícil es reivindicar su efecto directo, su eficacia o el control de cumplimiento y compliance. Si a tal axioma se añade la necesidad, en textos internacionales, de acudir a términos abstractos para facilitar una aceptación general por las distintas soberanías, el resultado es un campo jurídico difícilmente regulable con criterios de eficacia, control, supervisión y, especialmente, sujeción a responsabilidades.

A título identificativo, y en materia de transferencias de datos personales a terceros países ajenos a la UE, el artículo 25, apartado 1, de la derogada Directiva 95/46 prohibía las transferencias de datos personales a todo tercer país que no garantizara un nivel de protección “adecuado”. Al respecto, el punto 73 del esencial Caso Schrems (caso Facebook, que examinaremos más adelante), establecía que:

“Es verdad que el término ‘adecuado’ que figura en el artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46 significa que no cabe exigir que un tercer país garantice un nivel de protección *idéntico* al garantizado en el ordenamiento jurídico de la Unión. Sin embargo, como ha manifestado el Abogado General en el punto 141 de sus conclusiones, debe entenderse la expresión ‘nivel de protección adecuado’ en el sentido de que exige que ese tercer país garantice efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales *sustancialmente* equivalente al garantizado en la Unión por la Directiva 95/46, entendida a la luz de la Carta. En efecto, a falta de esa exigencia el objetivo mencionado en el anterior apartado de la presente sentencia se frustraría. Además, el elevado nivel de protección garantizado por la Directiva 95/46 entendida a la luz de la Carta se podría eludir fácilmente con transferencias de datos personales desde la Unión a terceros países para su tratamiento en éstos”.

Pasando al examen de las normas más relevantes en la materia, a nivel europeo se puede afirmar sin ambages que, abstracción hecha de la naturaleza fundacional del art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la norma esencial en materia de protección de datos es el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la previamente examinada Directiva 95/46/CE. En vigor desde el 25 de mayo de 2018 –tras una más que adecuada cadencia de 2 años– encontramos alusión especial a la cuestión genética en las siguientes disposiciones:

- a. El Considerando 34: define como datos genéticos a aquellos “datos personales relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de una persona física, provenientes



del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente”. De tal modo, configura los datos genéticos como una subcategoría especial de datos personales que se obtienen a través de un análisis vinculado a la ingeniería genética, bien desarrollado o que se desarrolle, avanzando la especial consideración que le darán los arts. 9.1 y 9.4 del texto.

- b. El Considerando 35 exige que entre los datos personales relativos a la salud se incluyan imperativamente (“se deben incluir”) la totalidad de los datos “relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, *incluida la procedente de datos genéticos* y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica *in vitro*”.
- c. El Considerando 53 *in fine* exige que los Estados miembros tengan la posibilidad de mantener o introducir otras condiciones, incluidas limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud, adelantando el esencial art. 9.4. No obstante, el propio considerando matiza que tal capacidad “*no ha de suponer un obstáculo* para la libre circulación de datos personales dentro de la Unión

cuando tales condiciones se apliquen al tratamiento transfronterizo de esos datos”.

- d. El Considerando 71 obliga al responsable del tratamiento a utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para... *impedir* entre otras cosas, *efectos discriminatorios* en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, *condición genética* o estado de salud u orientación sexual
- e. El Art. 4.1 entiende por «datos personales» toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»), considerando persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, *genética*, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. De tal modo, incluye la posibilidad de anonimización en el ámbito de protección del corpus legal
- f. El art. 4.13) define como «datos genéticos» a aquellos datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona. Hace especial referencia a la facultad única de individualización de información de sujetos concretos de la que adolecen otros métodos o análisis distintos a los genéticos, tanto por su fiabilidad (cualitativo) como por la extensión de la información (cuantitativo)
- g. El art. 9.1, que se tratará, trasciende el más genérico tenor del art. 6 en relación con los datos personales in genere, y prohíbe expresamente, inter alia, el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Si bien con las excepciones del apartado 2 del mismo artículo, cuya amplitud hace al párrafo digno del examen individualizado que seguirá

- h. Finalmente, y en cuanto a la declaración de impacto regulada en el art. 35 RGPD, a realizar por los responsables de tratamiento “cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas”, su peculiar naturaleza la hará objeto de reflexión en posteriores párrafos.

Examinados los puntos esenciales del RGPD, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, en vigor desde el 5 de mayo de 2016 para posibilitar la consecución de los resultados buscados en sintonía con la entrada en vigor del RGPD, tiene como puntos principales los contenidos en el artículo 10, que en materia de tratamiento de categorías especiales de datos prevé que el tratamiento de datos genéticos, los dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando a) lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro; b) sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, o c) dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.

A nivel nacional, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales integra, como disposiciones más significativas en la materia, su Disposición adicional decimoséptima, que en materia de Tratamientos de datos de salud acoge en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 los tratamientos de datos relacionados

con la salud y de datos genéticos que estén especialmente regulados en leyes y reglamentos concretos. En similar sentido, su Disposición Final Undécima modifica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, regulando que si la información incluye datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor “el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley”.

Finalmente, y siquiera de manera somera, este estudio no puede dejar de mencionar la Health Insurance Portability and Accountability Act; la Genetic Information Nondiscrimination Act; la Newborn Screening Saves Lives Reauthorization Act, y la NIH Genomic Data Sharing Policy, todas disposiciones norteamericanas, dado su rigor en la identificación de puntos clave relativos al binomio genética-protección de datos.

#### 4. DATOS, SOBERANÍA TERRITORIAL Y FÓRUM SHOPPING

El incremento del tratamiento de datos de los individuos y la multiplicidad de sus fines han erigido la necesidad de su protección en una cuestión ínsita a la soberanía. Por tal razón, el articular una normativa global, no solo existente sino efectivamente ejecutiva, no es labor fácil, por lo que los pasos que se van dando son lentos y mediante mecanismos y figuras legales que abonen al consenso. Lo expuesto lleva a priorizar la plasmación en textos legales, abstracción hecha de su carácter vinculante, sobre la ejecutividad de los mismos, en la convicción de que, llegados a un nivel adecuado cuantitativamente de normas sobre las que el acuerdo llegare a existir, este acuerdo se desplazará progresivamente hacia la articulación de mecanismos progresivamente de garantía, protección, retribución, reparación y prevención general. De ahí que un examen objetivo del Reglamento General de Protección de Datos arroje la conclusión de que sus cláusulas y contenido son, más bien, genéricos, trufados de conceptos indeterminados y, especialmente, huérfanos de un régimen sanciona-

dor unificado más allá de las sanciones, de máximos, del art. 83, lo cual posiblemente llegue a propiciar, a su vez, el fórum shopping o sucesión de desplazamientos de los eventuales infractores en busca del régimen jurídico nacional más benevolente con sus infracciones.

Para sustentar lo expuesto basta examinar la estructura y contenido del art. 83 RGPD, un artículo que, tras recordar las garantías de todo proceso administrativo sancionador y enumerar las diversas circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad, prevé la posibilidad de imponerse multa de 10 000 000 EUR como máximo (o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior) o de 20 000 000 EUR como máximo (en similares condiciones), según la entidad de unos grupos de infracciones genéricamente tipificados –lo que posiblemente lleve en un futuro no muy lejano al planteamiento de varias cuestiones prejudiciales en la materia por los jueces administrativos–, sin que la cláusula del apartado 9 del art.83 parece que pueda impedir el que las grandes empresas de tratamiento de datos vayan a elegir asentarse en aquel país que, de preverlas legalmente, establezca los sistemas de sanciones más benévolos en pro del establecimiento de grandes corporaciones en sus países (y consecuente cumplimiento de sus obligaciones tributarias). Es el fenómeno del fórum shopping o peregrinación jurídica, esta vez sancionadora, mediante el cual los sujetos (personas físicas y jurídicas) se instalan en aquellos países más favorables a sus intereses tributarios, contables o, en el caso que nos atañe, relativos a tratamientos de datos sin sanciones potenciales. De tal modo, igual que existen paraísos fiscales o para la experimentación médica, existirán paraísos de datos, en que las infracciones en la materia no conllevarán, de facto, sanción alguna –recordemos que las sanciones son de máximos, no hay mínimo alguno– o, de conllevarla, la ponderación eminentemente financiera entre importe de las sanciones y benéficos que reporte incurrir en las infracciones determinará las decisiones de implantación empresarial en uno u otro país.

## 5. EL CONTROL JURÍDICO DEL BIG DATA Y SU IMPOSIBILIDAD

Una normativa que no prevé la existencia de acciones efectivas en Derecho a disposición del justiciable para acceder a los datos perso-

nales que le conciernen o para obtener su rectificación o supresión vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales, al establecer éste que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. Tal mención es, en todo caso, inherente al concepto de Estado de Derecho, en que se ha de contar con instrumentos efectivos de reacción jurisdiccional a disposición de los particulares frente a otros particulares y, en particular, frente a los poderes públicos –y pronto, vista la evolución social y globalizada de la economía, frente a las Corporaciones supranacionales (Microsoft, Facebook, las grandes aseguradoras...)–. En tal sentido, cabe aludir a las sentencias *Les Verts/Parlamento*, 294/83, EU:C:1986:166; *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206; *Heylens y otros*, 222/86, EU:C:1987:442, y *UGT-Rioja y otros*, C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488).

En la materia que nos ocupa, en el tiempo que nos ocupa y en un mundo globalizado, se da necesariamente un solapamiento de niveles de protección (ordinaria, constitucional, TEDH, TJUE), que depende de la naturaleza pública (directa o indirecta, al no remediarse judicialmente, arts. 6 y 13 CEDH) o privada del autor de la violación así como del objeto de la lesión, el uso concreto de los datos y si la víctima es mayor, menor, grupo étnico, de orientación sexual... habida cuenta que los usuarios de redes sociales son target preferente de la obtención de datos, con vistas a las Corporaciones usuarias de big data como clientes.

Del mismo modo, los supervisores jurídicos pueden arbitrar, en función del estado inicial, previo, posterior, judicial o incluso de ejecución de sentencia (vid. la polémica sobre la ejecutividad efectiva de las Sentencias del TEDH y la necesidad en España del recurso de revisión) de la infracción, qué mecanismo de remedio es el coyunturalmente más eficaz, pudiendo acudir bien a medidas cautelares –incluso a alertas alimentarias, según los casos–; bien a sanciones administrativas por las agencias de regulación, control o supervisión como la AEPD; bien a sanciones de la Comisión europea o bien, atendido el caso y de conformidad con lo prevenido en los arts. 9.4 y 84 RCPD, a sanciones que podrían revestir naturaleza incluso penal, al menos en lo atinente al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud, y debidamente unidas a los tipos penales ya existentes.

## 6. CONSENTIMIENTO INDIVIDUAL EN LAS CESIONES DE DATOS GENÉTICOS. CAPACIDAD (CONSENTIMIENTO DE MENORES), DOLO Y NEGLIGENCIA DE LOS ACTORES. LA IDONEIDAD DE LAS MASS ACTIONS COMO INSTRUMENTO JURISDICCIONAL EFICAZ PARA LA EXACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Si bien el art. 9.1 RGPD europeo califica de datos sensibles los genéticos, quedando prohibido su tratamiento con carácter general en una suerte de relación de *lex specialis* con el genérico art. 6 RGPD, la autorización expresa (“consentimiento explícito”) del titular posibilita, ex art. 9.2 RGPD, su tratamiento. De tal modo, una vez dada ésta de modo fehaciente, son posibles sendos acceso y uso por terceros, en las condiciones y con los fines expresamente autorizados. La cuestión reside, precisamente, en el conocimiento efectivo de la citada extensión por los autorizantes, y en la capacidad de los mismos para otorgar un consentimiento de consecuencias tan graves como los que se examinan en este artículo.

En este momento de la exposición cabría preguntarse cuantos usuarios leen los contratos de Facebook (o cualquier otra App) cuando se les pide permiso para acceder a los diversos datos que afectan a la intimidad, tales como las fotografías de los dispositivos móviles –con los metadatos que conllevan– (máxime cuando la petición suele ser in genere, sin discriminar unas imágenes de otras y, sin siquiera excluir las eliminadas); textos en pdf, documentos escaneados, emails (también sin discriminación)... Cada vez hay más aplicaciones, especialmente unidas a dispositivos móviles, que piden acceder a datos relativos a edad, geolocalización... o piden rellenar cuestionarios para mejorar el servicio, cuyas preguntas son, en ocasiones, demasiado ajenas al objeto originario de la solicitud. Instagram pide permiso para acceder a nuestras fotos; Amazon, a localización; las páginas de subastas mantienen las listas de búsqueda, y así, con la mayor parte de Apps y juegos. Y esto afecta a todo los grupos de edad, sociales y familiares. Porque si los menores, a fecha del presente estudio, están enganchados a juegos como Fortnite o candycrush, los adultos vuelcan su intimidad en FB; los profesionales, sus Curriculumms en Linkedn

y los solteros, sus sueños, pasiones y esperanzas en las aplicaciones de citas.

En similar sentido, cabe reflexionar sobre si el consentimiento prestado es real e incluye los elementos de conocimiento y volición que cabría esperar o si, más bien, encubre una suerte de ansia por acceder al contenido del software o la aplicación que nos exige el mismo, como condición *sine quae non* para su disfrute. ¿Es tal consentimiento verdaderamente cabal o encubre, por el contrario, una suerte de peaje, que, en ocasiones, es lo que verdaderamente dota de contenido e interés económico a lo que se ofrece de modo pretendidamente gratuito? Es en estos momentos en que cabe aplicar las teorías civiles del consentimiento, en su intelección de manifestación cabal por quien, teniendo capacidad *in genere*, dispone también de capacidad en el momento concreto para prestar un consentimiento consciente –por conocedor– de las consecuencias del acceso que se está facilitando. Consciencia esta que, a su vez, precisa de una información previa, por parte del solicitante, que ha de ser a la vez veraz y fácil de comprender, sin esconderse en inacabables contratos de consentimiento que muy pocos leen, limitándose a pulsar el “acepto” que abrirá al usuario las puertas del disfrute de la App concreta.

Al respecto, en materia de consentimiento de menores e incapaces ya se está dictando jurisprudencia en la materia. Valga por todas la esencial Sentencia de 5 de junio de 2018, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein y Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, con intervención de *Facebook Ireland Ltd y Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht*, conocida como *Facebook 2* y sobre la que hablaremos en posteriores epígrafes del presente trabajo. Mas, a fecha de hoy, ninguna jurisdicción –al menos relevante para la formación de jurisprudencia global– se ha pronunciado con el debido grado de rigor sobre una cuestión tan esencial como la validez del consentimiento prestado por quienes, no obstante ser genéricamente capaces –por mayores de edad y no haber sido declarado incapaces–, se encuentran coyunturalmente en estado de incapacidad para prestarlo válidamente, bien como consecuencia de ludopatías típicas de juegos o apuestas online, Apps de edición de fotografías, gadgets pretendidamente indispensables, compras online o, *in genere*, las distintas redes sociales.



Si a tal inexistencia se añade el requisito de haber de agotarse las vías judiciales internas con carácter previo a tener expedita la puerta de las grandes jurisdicciones constitucionales y europeas, existe a fecha de hoy un marco temporal de años en que la carencia de interpretación judicial de normas genéricas o la lógicamente inexistente integración de lagunas abonarán a la causación de daños que, en el momento de crear un título jurisdiccional de reclamación, habrán devenido de imposible reparación, individual y globalmente.

Examinados someramente algunos elementos del consentimiento, cumple resaltar, en lo atinente a las categorías clásicas de responsabilidad (unión de las capacidades de conocer y querer), que no pasará mucho tiempo, en un mercado en que los tests genéticos se pueden adquirir por poco precio en los diversos portales web de venta, en que las corporaciones demandadas se defiendan de reclamaciones alegando la posibilidad que los reclamantes tenían de conocer, por ejemplo, sus riesgos sanitarios –en reclamaciones contra aseguradoras que se hubieren negado a asegurar o pagar contingencias por riesgos no declarados y que el reclamante habría podido fácilmente conocer–. De tal modo, nos encontramos ante una paradoja jurídica, en que para poder resolver las grandes complicaciones de los pleitos en materia genética no cabe sino acudir a las categorías clásicas de dolo (en sus vertientes de directo, de consecuencias necesarias y dolo eventual) y culpa (en toda la extensión de posibles negligencias, desde la leve hasta la consciente, con especial hincapié en el concepto de *lex artis* aplicado a sendos investigadores, aplicadores y empresas encargadas de almacenamiento, tratamiento y puesta a disposición de los datos genéticos).

Así, se ha de conjugar la identificación de los sujetos intervinientes en el resultado lesivo, puesta en relación con la relación de causalidad y grado de responsabilidad (excluyendo supuestos de responsabilidad por el resultado o *versari in re ilícita* en el escenario sancionador actual, basado en la responsabilidad) de los mismos basada en las categorías de dolo y culpa y, seguidamente, seleccionar el método adecuado de exacción de responsabilidad, bien extrajudicial (acudiendo a los *Alternate Dispute Resolutions* o ADR's) bien jurisdiccional. Estadio éste en que habrán, a su vez, de seleccionarse sendas jurisdicción, solicitud de medidas cautelares de cesación en la conducta, investigación o tratamiento lesivo y aseguramiento del eventual resultado

favorable, así como el instrumento concreto de actuación, lo que nos lleva a las aptitud de las llamadas *mass actions* para la reivindicación jurisdiccional efectiva de pretensiones en materia de protección de datos. Utilizadas en la práctica en supuestos de responsabilidad por daños causados por tabacaleras o asbestos, por ejemplo, requieren ser ejercitadas por sujetos efectivamente afectados y, al igual que en la práctica jurisdiccional anglosajona es más que probable que devengan la acción por antonomasia para sendos cese en la lesión, exacción de responsabilidades y fijación de sanciones y resarcimientos<sup>2</sup>

En lo atinente a usos legítimos que no precisarían de autorización expresa del titular, son aquellos que encuentran su legitimación en la seguridad nacional, la protección de la vida, salud e integridad de las personas; la preservación de territorios o integridad nacionales y similares circunstancias, enunciadas en términos generales en el art. 9.2 RGPD y sujetas a posterior desarrollo por cada uno de los Estados Miembros de la UE, abstracción hecha del conocido carácter vinculante de los reglamentos y decisiones europeas, frente a la no obligatoriedad en sus términos de Directivas (que imponen una obligación de resultado, permitiendo a los estados elegir los medios que consideren para su consecución) y recomendaciones, ex art. 288 TFUE .

En concreto, excepcionan la prohibición general de tratamiento de datos genéticos del art. 9.1 sin autorización del titular la concurrencia de razones y circunstancias relativas a su necesidad para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento. Para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento. Por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos y sin que trascienda el ámbito y fines de las mismas. Datos personales hechos manifiestamente públi-

---

<sup>2</sup> Las *mass actions* son distintas de las *class actions* reguladas en la Regla 23 de las normas federales de procedimiento civil (Federal Rules of civil procedure), siendo privativo de las primeras el hecho de que deben ser llevadas a la jurisdicción por individuos concretos cuya legitimatio jurisdictionis derivada de su naturaleza de afectados directos.

cos por el propio interesado. Supuestos de necesidad para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. Necesidad por motivos de interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, siempre que sea proporcional al objetivo perseguido, respete en lo esencial el derecho a la protección de datos y establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado (excepción ésta no solo amplia, sino también trufada de conceptos jurídicos indeterminados, susceptibles de ser integrados por los actores y poderes públicos *ad casum*). Necesidad para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3 (referidas al secreto profesional). Necesidad por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional o, finalmente, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

Ejemplo de uso legítimo amparado por tales excepciones sería, por ejemplo, el fichero nacional de huellas genéticas francés (Fichier National des Empreintes Génétiques o FNAEG), creado con el fin de descubrir a los autores de ilícitos penales y encontrar personas desaparecidas, que en 2018 albergaba legítimamente casi 3 millones de perfiles genéticos bajo la supervisión de la Dirección Central de Policía Judicial del Ministerio del Interior francés y, a su vez, bajo el control de

un magistrado. A él solo pueden acceder personas especialmente identificados y autorizadas y se encuentra legalmente en los arts. 706-54 y R 53-9 del código procesal francés. Respecto al mismo, la Comisión Nacional de Informática y Leyes avisó, con ocasión de una enmienda (CL-846) al Programa 2019-2022<sup>3</sup> de los riesgos de expandir la posibilidad de identificar sujetos responsables de infracciones vía segmentos de ADN tanto no codificantes como codificantes, en tanto éstos últimos sí permiten conocer características genéticas de un individuo, como su origen étnico, que los segmentos no codificantes impiden llegar a conocer. Similar al FNAED francés es el CODIS (Combined DNA Index System) norteamericano<sup>4</sup>, sobre el que sendas doctrina y jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse, como tendremos ocasión de exponer en relación con la obtención no autorizada de datos genéticos de personas sujetas a investigación criminal en los USA.

De la lectura de las excepciones a la exigencia de consentimiento (que, se insiste, ha de ser expreso, cierto y dado por persona capaz) se deduce que las excepciones son de tal amplitud que difuminan el principio general de prohibición de tratamiento no autorizado, aun existiendo la cláusula del art. 9.4 RGPD, que se examina en el apartado que sigue.

## **7. LA CLÁUSULA DEL APARTADO 4 DEL ART. 9 RGPD. CONTENIDO, EFECTOS Y POSIBILIDAD DE SUPERVISIÓN EFECTIVA DE CUMPLIMIENTO**

Consciente de las implicaciones pro futuro del desarrollo de la genética y sus consecuencias en materia de protección de datos, el legislador europeo introdujo una clausula *ad hoc* en la materia, una suerte de habilitación *ex ante* para que los Estados miembros de la Unión Europea pudieran introducir disposiciones más restrictivas que las de sus vecinos en cuestión de tratamiento de datos genéticos sin por ello incumplir el derecho de la Unión Europea. Así, el 9.4 RGPD habilita a cada Estado miembro para mantener o introducir condiciones adi-

---

<sup>3</sup> [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1349/CION\\_LOIS/CL846](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1349/CION_LOIS/CL846)

<sup>4</sup> <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>

cionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud. Nos encontramos ante una previsión legal en que ninguno de sus elementos es baladí.

## 8. JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

*A nivel interno.*—La STC 254/1993, de 20 de julio, declaró que el art. 18.4 C.E. incorporaba un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad. La garantía de la intimidad pasó a adoptar un entendimiento positivo que se tradujo en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática fue concebida, así, como “el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”.

La STC 94/1998, de 4 de mayo, a su vez, sienta que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados

La STC 135/2014, de 8 de septiembre, consideró como prueba de cargo suficiente en procedimiento penal el resultado de un análisis de ADN tomado con consentimiento del condenado y ratificado mediante la valoración judicial de otras pruebas de cargo, concluyendo motivadamente la culpabilidad del recurrente. Al respecto, el FJ 4 sintetiza la doctrina del TC en la materia, razonando que “para que el consentimiento pueda calificarse de eficaz debe ser libre y voluntario (STC 211/1996, de 7 de marzo), y además, como pre-condición de validez, para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario, debe tratarse de un consentimiento informado (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). Según se desprende de las actuaciones, en el caso que nos ocupa, el carácter informado del consentimiento es una consecuencia que derivaría de la finalidad de la propia diligencia de investigación: “la obtención de una muestra biológica para el posterior análisis pericial de ADN es una diligencia de investigación crimi-

nal. Su fin es obtener información (perfiles identificadores) que permita el esclarecimiento de hechos delictivos, pasados o incluso futuros (mediante la conservación de los mismos en una base de datos). Esto es, precisamente, lo que sucedió en el presente caso. La obtención de la muestra se llevó a cabo en el marco de una investigación criminal con el fin de determinar la eventual participación del recurrente en los hechos objeto de imputación. El examen del contenido del acta policial de obtención de muestras biológicas permite constatar que el recurrente fue informado no solo del tipo de intervención corporal que se iba a practicar (un frotis bucal con un hisopo de algodón), sino también del fin de la diligencia. Así se reflejó documentalmente que su fin era llevar a cabo estudios de ADN que permitiesen determinar su perfil genético y realizar los estudios comparativos necesarios, así como su cotejo en la base de datos de ADN. Información que resultaba suficiente al precisar la finalidad de la diligencia que se iba a practicar. Al mismo tiempo se le informó que los perfiles genéticos del recurrente se cotejarían con los existentes en la base de datos de ADN”.

Por último, la STC 43/2014, de 7 de marzo, respalda la posibilidad de obtener información biológica de una prueba de ADN obtenida sin consentimiento –cuestión distinta al consentimiento en contrario– para estimar acreditada la participación en los hechos del demandante, dado que para la condena penal “el órgano judicial tomó en consideración como prueba principal la aparición de su huella genética en las prendas encontradas en el lugar de los hechos, debiéndose considerar que la prueba de ADN es prueba directa, y no mero indicio, de que se produjo contacto directo del recurrente con los objetos hallados en la escena delictiva, a partir de lo cual y después de una ponderación de su propia versión, la inferencia del tribunal de su participación en el delito de daños terroristas se presenta como una conclusión plenamente ajustada a las reglas de la lógica y de la experiencia”.

*A nivel europeo.*—La Sentencia Digital Rights Ireland et alii, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, de 8 de abril de 2014, en su apartado 39 sienta, en lo que atinente al contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada y de los otros derechos reconocidos en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos humanos que “aunque la conservación de datos que la Directiva 2006/24 impone constituye una injerencia especialmente grave en dichos derechos, no puede vulnerar dicho contenido puesto que, como se desprende de su

artículo 1, apartado 2, la Directiva no permite conocer el contenido de las comunicaciones electrónicas como tal”.

A su vez, la Sentencia de 6 de octubre de 2015, dictada en el asunto C-362/14, caso Maximilian Schrems vs. Data Protection Commissioner, habiendo intervenido el Digital Rights Ireland Ltd, es (conocida como sentencia Facebook 1) es esencial para comprender el núcleo doctrinal de la cuestión a examen. En concreto, su epígrafe 89 sienta, respecto a la Decisión 2000/520 (sobre garantía de protección de datos en países terceros), que “ no pone de manifiesto la existencia de una protección jurídica eficaz contra injerencias de esa naturaleza. Como ha expuesto el Abogado General en los puntos 204 a 206 de sus conclusiones, los mecanismos de arbitraje privado y los procedimientos ante la Comisión Federal de Comercio, cuyas facultades, descritas en particular en las FAQ no 11 que figuran en el anexo II de esa Decisión, se limitan a los litigios comerciales, atañen al cumplimiento por las empresas estadounidenses de los principios de puerto seguro, y no se pueden aplicar en litigios concernientes a la legalidad de injerencias en los derechos fundamentales derivadas de medidas de origen estatal”. Prosigue el epígrafe 93 razonando que una normativa que autoriza de forma generalizada la conservación de la totalidad de los datos personales de todas las personas cuyos datos se hayan transferido desde la Unión a Estados Unidos, sin establecer ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo perseguido y sin prever ningún criterio objetivo que permita circunscribir el acceso de las autoridades públicas a los datos y su utilización posterior a fines específicos, estrictamente limitados y propios para justificar la injerencia que constituyen tanto el acceso a esos datos como su utilización, no se limita a lo estrictamente necesario, y finaliza el epígrafe 94 puntualizando que, en particular, se debe considerar que una normativa que permite a las autoridades públicas acceder de forma generalizada al contenido de las comunicaciones electrónicas “lesiona el contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 7 de la Carta (véase, en ese sentido, la sentencia Digital Rights Ireland y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238, apartado 39)”.

Por último, y en cuanto a la Sentencia de 5 de junio de 2018, dictada en el asunto C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein y Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH,

con intervención de Facebook Ireland Ltd y Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, conocida como Facebook 2, trae causa de una cuestión prejudicial del art. 267 TFUE en materia de uso y autorización de los llamados Cookies, en relación con el consentimiento e intimidad, en especial de menores. A dichos efectos, su epígrafe 33 afirma sin ambages que “los tratamientos de datos personales de que se trata en el litigio principal se efectúan en esencia mediante cookies que Facebook coloca en el ordenador o en cualquier otro aparato de las personas que visitan la página de fans, cuya finalidad es almacenar información sobre los navegadores web y que permanecen activas durante dos años si no se borran. Asimismo se desprende de dichos autos que, en la práctica, Facebook recibe, guarda y trata los datos almacenados en las cookies, en particular, cuando una persona visita «los servicios de Facebook, los servicios ofrecidos por otras empresas de Facebook y los servicios ofrecidos por otras empresas que utilizan los servicios de Facebook». Además, otras entidades, como los socios de Facebook o incluso terceros, pueden utilizar cookies en los servicios de Facebook para [ofrecer servicios directamente a dicha red social], así como a las empresas que se anuncian en Facebook”. Y dado que, en términos del epígrafe 39, el administrador de una página de fans alojada en Facebook, como Wirtschaftsakademie, participa, mediante su acción de configuración, en función, en particular, de su audiencia destinataria, así como de objetivos de gestión o de promoción de sus actividades, en la determinación de los fines y los medios del tratamiento de los datos personales de los visitantes de su página de fans, concluye el Tribunal de Justicia que dicho administrador sí debe ser calificado en el presente caso de responsable de ese tratamiento en la Unión, en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46, conjuntamente con Facebook Ireland, con las obligaciones que ello conlleva y consecuente responsabilidad.

*A nivel de jurisprudencia (case Law) norteamericana.*—Baste recordar, por su relación con el campo de la genética relacionado expresamente con la protección de datos, la reciente sentencia dictada en el caso Maryland vs. King, en que el Tribunal Supremo de los USA ratificó la posibilidad de obtener ADN de sospechosos aún contra su voluntad, asimilándolo a la toma de huellas dactilares. Debe resaltarse, por su acertada plasmación de las consecuencias de ampliar el acceso a los datos derivado de la toma forzosa de muestras, el voto particular del juez Scallia al respecto.



## 9. CONCURRENCIA DE INTERVINIENTES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS GENÉTICOS Y EXACCIÓN DE RESPONSABILIDADES INDIVIDUALES. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REACCIÓN. LA NECESIDAD DE VOLVER A LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS TRADICIONALES

Desde el investigador genético hasta quien utiliza ilegítimamente datos adquiridos a empresas de venta de los mismos, pasando por el responsable de tratamiento negligente en identificar o elaborar debidamente la evaluación de impacto del art. 35 RGPD, las Agencias de Supervisión o incluso los Beta Testers y otros eslabones en las cadenas de producción y distribución, existe una sucesión de actores, cada uno con su específica responsabilidad (unos conscientes, otros meros actores naturales y otros, negligentes en la exigencia de información sobre el fin de los tratamientos) en el perjuicio final. En el momento de exacción de responsabilidades, es carga de quien la reclama por haber sido perjudicado, el identificarlos no solo nominalmente, sino en base al dominio que sobre el resultado final ha ostentado cada uno, y si ha obrado con dolo o negligencia, dividida a su vez en los distintos grados acuñados por la teoría general del derecho penal. Tal tarea, huelga decir, es titánica, de ahí que tradicionalmente se acuda al instrumento de las *mass actions* para poder hacer frente colectivamente a los costes de emprender procesos contra corporaciones cuya disponibilidad económica –y edad corporativa, superior a la física de los reclamantes– es más que suficiente para aguantar litigios de décadas. Mas una vez identificados, nominal y funcionalmente, es preciso indagar la responsabilidad que cada uno de los actores ostenta en el perjuicio, así como la intensidad y naturaleza de la misma.

En similar sentido, y con idéntico objetivo, se hace necesario formar a los supervisores públicos en la pluralidad de instrumentos de reacción jurídica disponibles, que van desde la respuesta rápida propia de las alertas alimentarias o las medidas provisionalísimas hasta la imposición de sanciones, pasando por la suspensión temporal de servicios online, la posibilidad de interrumpir sistemas de pagos inmediatos entre territorios fiscalmente exentos o la imposición de multas coercitivas en tanto se persista en la conducta ilícita. Para ello, debe

siempre ponderarse la eficacia de las mismas en relación con el beneficio que reporta al infractor el persistir en la actividad ilícita (ponderación que, empero, siempre llevara a cabo el infractor, decantándose por la actuación más beneficiosa, sea esta el cese, sea la continuidad en la actividad persistiendo en el ilícito y abonando las multas que se vayan irrogando, como se aventuró al principio del presente estudio).

## 10. LA IDONEIDAD DE LAS DECLARACIONES DE IMPACTO DEL ART. 35 RGPD EN MATERIA DE GENÉTICA Y PROTECCIÓN DE DATOS

En una perspectiva jurídica en que las más diversas declaraciones de impacto se han convertido en una suerte de elementos de compliance globales, merced a las sucesivas fases de información pública, audiencia de los más diversos actores, planteamiento de alternativas basadas en los más variados principios de precaución y, redacción de planes de previsión, respuesta e indemnización, era de esperar que un campo tan imprevisible como el de la genética y la protección de datos contara con su propia necesidad de declaración de impacto, plasmada en el art. 35 RGPD<sup>5</sup>. De su examen cumple resaltar que, siguiendo las

---

<sup>5</sup> “Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares.

2. El responsable del tratamiento recabará el asesoramiento del delegado de protección de datos, si ha sido nombrado, al realizar la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.

3. La evaluación de impacto relativa a la protección de los datos a que se refiere el apartado 1 se requerirá en particular en caso de:

a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar;

b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10, o

pautas de otras declaraciones de impacto, es preceptiva en supuestos alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, por lo que, en materia genética será obligatoria en la práctica totalidad de los supuestos, erigiéndose su falta en posible causa de nulidad de la actuación impugnada. La realización seguirá las fases de asesoramiento, evaluación sistemática, observación sistemática, comunicaciones, mecanismo de coherencia, cumplimiento de los códigos de conducta,

---

c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público.

4. La autoridad de control establecerá y publicará una lista de los tipos de operaciones de tratamiento que requieran una evaluación de impacto relativa a la protección de datos de conformidad con el apartado 1. La autoridad de control comunicará esas listas al Comité a que se refiere el artículo 68.

5. La autoridad de control podrá asimismo establecer y publicar la lista de los tipos de tratamiento que no requieren evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos. La autoridad de control comunicará esas listas al Comité.

6. Antes de adoptar las listas a que se refieren los apartados 4 y 5, la autoridad de control competente aplicará el mecanismo de coherencia contemplado en el artículo 63 si esas listas incluyen actividades de tratamiento que guarden relación con la oferta de bienes o servicios a interesados o con la observación del comportamiento de estos en varios Estados miembros, o actividades de tratamiento que puedan afectar sustancialmente a la libre circulación de datos personales en la Unión.

7. La evaluación deberá incluir como mínimo:

a) una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento;

b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad;

c) una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados a que se refiere el apartado 1, y

d) las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, y a demostrar la conformidad con el presente Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas.

8. El cumplimiento de los códigos de conducta aprobados a que se refiere el artículo 40 por los responsables o encargados correspondientes se tendrá debidamente en cuenta al evaluar las repercusiones de las operaciones de tratamiento realizadas por dichos responsables o encargados, en particular a efectos de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.

9. Cuando proceda, el responsable recabará la opinión de los interesados o de sus representantes en relación con el tratamiento previsto, sin perjuicio de la protección de intereses públicos o comerciales o de la seguridad de las operaciones de tratamiento.

audiencia de los interesados o de sus representantes en relación con el tratamiento previsto y resolución.

## 11. CONCLUSIONES

En materia genética es imposible la anonimización absoluta de los datos, por la sencilla razón de que cada huella genética de cada individuo –al menos, a fecha de hoy– es única en todo el universo. Si a tal axioma se añade la relatividad de la naturaleza anónima en ciertos supuestos, la cuestión pasa a girar en torno al mayor nivel de protección posible. Nivel éste inversamente proporcional al número de avances en la materia. A modo de ejemplo, existen enfermedades raras de los que, como mucho, existe un solo paciente en un concreto territorio. De tal modo, la anonimización de los datos sobre enfermedades raras en tal territorio no impedirá identificar al sujeto específico, por mucho que se codifique su identidad. De este modo, es muy difícil preservar la intimidad en los entornos y soportes actuales. En el llamado *far web*, el tráfico de datos genéticos desde territorios (físicos o cibernéticos, como la *Deep Web*) libres de supervisión y sanción, es el nuevo Dorado para quienes adolezcan de la falta de escrúpulos precisa. Es obligación del Derecho, en un entorno de coordinación que trascienda los meros objetivos programáticos o conceptos indeterminados, establecer un sistema armónico, eficiente y de respuesta inmediata frente a los intentos de lesión de la intimidad de quienes han depositado sus datos en repositorios genéticos, sin perjuicio de las políticas procedentes en materia de información y prevención. Podemos decir que en

---

10. Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica, los apartados 1 a 7 no serán de aplicación excepto si los Estados miembros consideran necesario proceder a dicha evaluación previa a las actividades de tratamiento.

11. En caso necesario, el responsable examinará si el tratamiento es conforme con la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, al menos cuando exista un cambio del riesgo que representen las operaciones de tratamiento”.

el mundo de hoy, en que el concepto –e intensidad– de la intimidad como sentimiento ha mutado, el vacío dejado ha sido llenado por la consideración de los datos como patrimonio personal y privativo a proteger, abstracción hecha del grado de naturaleza íntima que cada sujeto les asigne. En lo atinente a los datos genéticos, que conllevan información de todas y cada una de las vertientes de nuestro ser, la precaución se erige en medida óptima de prevención. La intervención de las administraciones y el Derecho, a fecha de hoy, no deja de ser tardía e ineficaz en lo atinente a la gestión y reparación de lesiones, por lo que los avances en sendas eficacia y lucha contra las mismas todavía se encuentra en un estadio tan temprano que solo puede abordarse desde la prevención personal, los programas de compliance, la información y la conciencia de que, una vez nuestros datos genéticos son subidos a la red, el control sobre su gestión, tratamiento y destino deviene, de facto, imposible.



# ORIENTACIÓN SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS

Antonio Arroyo Gil

*Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid*

## 1. INTRODUCCIÓN CON SPOILER

*Green Book*, un *biopic* que ganó el Óscar a la mejor película en la última edición de estos premios (2019), cuenta la historia de un célebre pianista negro, Don Shirley, que emprende, acompañado de un rudo chófer y guardaespaldas blanco, a comienzos de los años sesenta del siglo pasado (en 1962), una gira de conciertos por varios Estados del sur de Estados Unidos de América, en donde los prejuicios raciales estaban (y seguramente están aún) muy arraigados. Lo hace voluntariamente, tomándose como una especie de ejercicio de activismo para enfrentarse no solo a esos prejuicios propios de una sociedad enferma, sino también a sus personales dilemas identitarios. La pareja tiene que afrontar así distintas situaciones en las que el afamado pianista negro es objeto de diversas agresiones, algunas incluso físicas, como consecuencia de su color de piel y de querer vivir y comportarse como una persona poseedora de la misma dignidad que cualquier otra, con independencia de cuál sea el color de su piel. Quizás lo que más sorprende en la película es, en efecto, la gran dignidad con que este hombre, que reniega de la violencia, afronta los ultrajes que padece, incluso por parte de quienes perteneciendo a la elite social y económica local quieren disfrutar de su maestría al piano. Pero lo que más llama la atención, al menos así me sucedió a mí, aunque en la película apenas se haga hincapié en ello, es que esa dignidad que exhibe el protagonista para afrontar la discriminación de que es objeto por su color de piel, se transforma en actitud vergonzante cuando se descubre cuál es su orientación sexual, pues Don Shirley, además de negro, es también homosexual.

*Boy Erased*, la segunda película dirigida por Joel Edgerton, estrenada en España en 2019 bajo el acertado título de *Identidad borrada*, está basada en un libro autobiográfico de Garrard Conley, y cuenta la historia de un adolescente de 19 años, hijo de un predicador baptista en una pequeña ciudad de Estados Unidos, que se ve “obligado” (para mantener el afecto de su familia y su comunidad) a participar en un programa de conversión, apoyado por la iglesia, con el fin de “curar” su homosexualidad. Buena parte del metraje se dedica a mostrar el conflicto de este joven con el inquietante terapeuta jefe y sus “peculiares” métodos de reconversión, de los que tanto se lucra, así como la evolución que experimenta el protagonista tanto en la relación que mantiene con sus padres como con otros miembros del programa, hasta lograr su propia aceptación, paso previo para conseguir la de los demás. Aunque la película admite diferentes interpretaciones, quizás la que más interés tenga sea aquella que pone el acento en la homofobia cultural (o ambiental) normalizada, que explica por qué hay personas que, deseando lo mejor para sus seres queridos, son, sin embargo, incapaces de comprender y respetar su orientación sexual, hasta el punto de intentar cambiarla o, directamente, borrarla, lo que, a la postre, supone borrar su identidad, con los destrozos psicológicos que algo así trae consigo.

## 2. DE LAS APARIENCIAS, LAS PRESUNCIONES Y SU TRASCENDENCIA

Con estos breves extractos de las películas *Green Book* y *Boy Erased* no se pretende más que llamar la atención sobre un hecho que es fundamental para comprender a qué nos enfrentamos cuando queremos hablar, como anuncia el título de este trabajo, de “orientación sexual y derechos humanos”. Es el siguiente: como se ha destacado en repetidas ocasiones, “el prejuicio social e ideológico que está en el origen de la discriminación contra las personas homosexuales es de primer grado, cercano a la idea de una especie de estigma, únicamente comparable, dentro del ámbito del Derecho antidiscriminatorio, a los prejuicios racistas”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, *Revista General de Derecho*



Sin negar lo que hay de verdad en esta afirmación por lo que se refiere a los prejuicios sociales e ideológicos de carácter estigmatizante que padecen tanto las personas negras como las homosexuales, la comparación resulta, sin embargo, también inexacta o incompleta, por una razón que seguramente ya se habrá adivinado: Mientras que una persona negra no puede ocultar cuál es el color de su piel, ni lógicamente, cambiarlo, una persona homosexual sí puede ocultar cuál es su orientación sexual, y, en opinión de algunos, también modificarla, mediante las terapias adecuadas.

En directa relación con esto se encuentra otra cuestión que tiene asimismo su importancia: mientras que en el caso de las personas negras no se parte de ninguna presunción sobre cuál es su raza o color de piel, pues resulta evidente, en el de las personas homosexuales sí se parte de una presunción de heterosexualidad, que, o bien hay que vencer, saliendo, como se dice popularmente, del “armario”, o bien hay que mantener oculta, acomodándose a ella en muchas situaciones que se presentan en la vida cotidiana, y que aunque parezca que no tienen mayor relevancia, pueden, sin embargo, resultar muy desagradables e, incluso, humillantes para quien no es heterosexual<sup>2</sup>.

Sobre ambas cuestiones volveremos más adelante, pues las mismas tienen una importancia que no se puede ignorar a la hora de determinar si el derecho a la intimidad (o a la vida privada) es adecua-

---

*Constitucional*, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, p. 3.

<sup>2</sup> A esta idea apunta REY MARTÍNEZ, Fernando: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, RDP, 100, 2017, p. 137, cuando afirma que los rasgos de pertenencia de los grupos a los que se refiere el art. 14 CE (entre los que se encuentra, aunque no lo mencione expresamente, la orientación sexual, tal y como el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar: STC 41/2006, de 13 de febrero) “son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta estigmatización social por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar, o sí, pero con el coste de una *gestión esquizofrénica* [el subrayado es mío] de la propia existencia”. En realidad, como el propio Fernando Rey reconoce, esta expresión es atribuible a M. Pollack. Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental...”, p. 13.

do (o suficiente) para lograr una correcta protección de las personas LGTBI<sup>3</sup>. Y, en esa medida, si la inclusión de un trabajo como este en un libro colectivo sobre dimensiones del derecho a la vida privada y familiar encuentra, o no, fácil acomodo.

### 3. UN PAR DE (CRUDOS) APUNTES SOBRE LA REALIDAD DE LAS PERSONAS LGTBI

En una reflexión jurídico-constitucional sobre orientación sexual y derechos humanos como la que aquí se pretende, no se puede hacer completa abstracción de la realidad fáctica a la que nos enfrentamos, pues la misma determina, inevitablemente, el enfoque del análisis jurídico. Interesa, por eso, hacer alguna referencia, siquiera sea muy sucinta, al contexto en el que se desenvuelve la vida de millones de personas LGTBI tanto fuera como dentro de España.

---

<sup>3</sup> LGTBI es el acrónimo de Lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales. Su uso se encuentra ya muy generalizado para referirse a todas aquellas personas que presentan una orientación sexual o identidad de género distinta de las consideradas más habituales (heterosexual y cissexual). Es común, además, utilizarlo, indistintamente, para apelar, en ocasiones, de manera global a todas ellas, y, otras veces, solo a quienes se identifican con alguna/s de esas letras. Conviene precisar, no obstante, que el caso de las personas intersexuales es muy diferente, pues su singularidad no radica en su orientación sexual, ni siquiera en su identidad de género, sino en la presencia de rasgos cromosómicos, gonadales y/o genitales propios de ambos sexo (masculino y femenino), lo que les convierte en personas que, con frecuencia, no se sienten incluidas dentro de esta clasificación binaria. Vid. al respecto, LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, p. 13 ss; BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, *RJUAM*, 2019 [en prensa]; y ARROYO GIL, Antonio: “Intersexualidad: una aproximación jurídica”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 437 ss. Vid. asimismo los distintos trabajos que abordan el estudio de la intersexualidad desde muy diferentes perspectivas, recogidos en el libro colectivo de SCHERPE, J. M./DUTTA, A./HELMS, T. (eds.): *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018.

### 3.1. *Contexto internacional*

En el completo *Informe Homofobia de Estado 2019*, elaborado por la ILGA<sup>4</sup>, la más representativa asociación internacional en defensa de los derechos de las personas LGTBI, que actúa como entidad consultora del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se ofrecen numerosos datos a este respecto, que, si bien no podemos analizar ahora de manera exhaustiva, sí merecen, al menos, un comentario general.

Pese a que algunos de esos datos llamen al optimismo, como el hecho de que en un país tan relevante en la esfera internacional como India se hayan despenalizado, por fin, las relaciones entre personas del mismo sexo, o que sean ya veintiséis los países que reconocen el llamado matrimonio igualitario, lo cierto es que aún podemos encontrar muchos otros que dan muestra del horror en que millones de personas LGTBI tienen que desarrollar diariamente su vida en gran parte del mundo. Basten como muestra los siguientes ejemplos:

– En setenta países (sobre todo, de África y Asia) es ilegal mantener relaciones sexuales consentidas entre personas mayores de edad del mismo sexo.

– En seis países tales relaciones están legalmente castigadas con la pena de muerte (Arabia Saudí, Irán, Yemen, Sudán, doce Estados de Nigeria y parte de Somalia), y en otros cinco (Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Mauritania y Pakistán) una persona homosexual también puede ser condenada a la pena capital en determinadas circunstancias.

– En veintiséis países se condena por estos actos a una pena que oscila entre los diez años de prisión y la cadena perpetua; y en otros treinta y un Estados el castigo llega hasta los ocho años.

Si bien esta legislación represora de la homosexualidad se encuentra localizada básicamente en países africanos y asiáticos, en otros Estados no tan lejanos de la llamada órbita occidental es asimismo muy preocupante la deriva que están tomando los acontecimientos en los últimos tiempos. En Rusia proliferan las llamadas leyes “anti-propa-

---

<sup>4</sup> Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado>

ganda gay”, que prohíben cualquier tipo de información en positivo sobre la homosexualidad. En Chechenia van en aumento las torturas y persecuciones infligidas por autoridades públicas a personas LGTBI. En Brasil son muy numerosos los ataques perpetrados contra este colectivo, causando, en muchos casos, a sus víctimas (sobre todo, transexuales) heridas graves e, incluso, la muerte.

Aunque se trate solo de un par de pinceladas, son suficientes para darnos cuenta de cuál es el contexto internacional en el que nos movemos cuando hablamos de “orientación sexual y derechos humanos”.

### 3.2. *España*

Lógicamente, en España, desde hace ya algunos años, la situación es muy diferente, tanto desde un punto de vista legal como social<sup>5</sup>. En nuestro país, en efecto, la antigua legislación represora de la homosexualidad (Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social) se vio seriamente modificada de manera simultánea a la aprobación de la Constitución de 1978, mediante Ley 77/1978, de 26 de diciembre, que entró en vigor el 11 de enero de 1979, a través de la que dejó de considerarse la homosexualidad un “acto peligroso”.

No obstante, hasta la aprobación del Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) aquella ley no sería completamente derogada. Por el contrario, en los antiguos Código Penal Militar de 1945 y Código Penal de 1973, se mantuvieron hasta 1985 el castigo al militar que cometiera “actos deshonestos con individuos del mismo sexo”, y hasta 1988 el delito de escándalo público, aplicable a aquel que “ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”, incluyendo a quienes practicaran la homosexualidad sin el debido “recato, sigilo y sin atisbo de exhibicionismo, difusión o divulgación”, respectivamente. En ambos casos, su constitucionalidad fue confirmada por respectivas resoluciones del Tribunal Constitucional, en el primer caso (Auto 446/1984, de 11

---

<sup>5</sup> Vid. DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España: de la despenalización de la homosexualidad al respeto de la diversidad afectivo sexual”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 242 ss.

de julio), y del Tribunal Supremo, en el segundo (Sentencia de 13 de mayo de 1985), que no consideraron tales normativas contrarias el art. 14 CE.

Será con la aprobación del Código Penal vigente, como se señalaba, cuando se dé un paso de gigante en el tratamiento penal de la homosexualidad, ya que la misma no solo deja de estar tipificada, sino que, además, se introducen nuevos tipos penales cuyo objetivo es precisamente el contrario: proteger a las personas homosexuales frente a actos discriminatorios en muy variados ámbitos<sup>6</sup>. Más allá de que se pueda poner en duda la eficacia práctica de esta normativa para la eliminación de la discriminación por razón de orientación sexual, sí se puede afirmar su relevante “potencial simbólico”<sup>7</sup>.

Posteriormente, de manera paulatina, se fueron aprobando distintas normativas antidiscriminatorias que generaron también una abundante actividad jurisprudencial, especialmente, en el ámbito laboral (empleo privado y público)<sup>8</sup>, la regulación de las parejas de hecho, sobre todo, a nivel autonómico<sup>9</sup>, etc.

Con todo, los dos grandes hitos legales en materia de igualdad de las personas LGTBI vinieron de la mano de sendas leyes impulsadas por el Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero. Por un lado, y por lo que se refiere a las personas homosexuales, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de de-

---

<sup>6</sup> En particular, en el art. 22.4 CP se contempla como circunstancia agravante cometer el delito por motivos de “orientación o identidad sexual”. Asimismo los arts. art. 174, 314, 510, 511, 512, 515, 607bis y 611.6º CP sancionan varias conductas discriminatorias por estas razones. DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, p. 245. Véase asimismo PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 297 ss.

<sup>7</sup> Tal y como señala DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, pp. 242 ss.

<sup>8</sup> Vid. SUÁREZ CORUJO, Borja: “Derecho laboral y LGTB”, RGDC, 17, 2013, pp. 1 ss.; y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”, Revista Aranzadi Doctrinal, 3, 2018, pp. 89 ss.

<sup>9</sup> Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, María: “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado”, REDC, 107, 2016, pp. 219 ss.

recho a contraer matrimonio, que posibilita el llamado “matrimonio igualitario” o entre personas del mismo sexo<sup>10</sup>, declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre<sup>11</sup>; y, por lo que afecta a las personas transexuales, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>12</sup>. Entretanto, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 41/2006, de 13 de febrero<sup>13</sup>, y 176/2008, de 22 de diciembre, de manera expresa había identificado ya la orientación sexual y la identidad de género, respectivamente, como una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE.

De este modo, el legislador español (estatal y autonómicos) se va mostrando cada vez más protector de los derechos de las personas LGTBI, procurando acabar con aquellas diferencias de trato que supongan alguna discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, tanto en el ámbito del derecho de familia, como en el laboral, el tributario, etc.<sup>14</sup>. También es notable el esfuerzo realizado,

---

<sup>10</sup> Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, María: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>11</sup> Vid. el comentario de la misma de MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, TRC, 31, 2013, págs. 541-554. Véanse asimismo los comentarios incluidos en el número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, de la Revista General de Derecho Constitucional (núm. 17, 2013), de PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español”; ARROYO GIL, Antonio: “De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio. Breve comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo)”; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y sexualidad”; EXPÓSITO, Enriqueta: “El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”; MARTÍN SÁNCHEZ, María: “El vago ‘sí’ del Tribunal Constitucional”; y NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: “Matrimonio homosexual y categorías jurídicas”.

<sup>12</sup> Vid. ELVIRA PERALES, Asunción: “Transexualidad y derechos”, RGDC, 17, 2013, pp. 20 ss.

<sup>13</sup> Vid. el comentario a la misma de ELVIRA PERALES, Ascensión: “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, TRC, 20, 2007, págs. 655-661.

<sup>14</sup> Vid. DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, pp. 250 ss. Vid. asimismo RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: “Orientación

sobre todo, por parte de determinados Gobiernos autonómicos, por adoptar políticas públicas (en los ámbitos de la educación, la salud, la familia, la cultura o el deporte, entre otros) encaminadas a acabar con los prejuicios y estereotipos de todo orden que se encuentran en la base de la discriminación social, mucho más difícil de vencer que la meramente formal o legal<sup>15</sup>.

Como culminación, al menos, por ahora, de esta corriente, el 12 de mayo de 2017 se presentó ante el Congreso de los Diputados una *Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*<sup>16</sup>, por parte del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, que, pese a haber sido tomada en consideración, no consiguió aprobarse, sin embargo, antes del fin de la pasada legislatura. A través de esta proposición de ley se pretendía disponer de una norma de carácter integral que ofreciera cobertura frente a la discriminación en muy diferentes ámbitos (educativo, laboral, familiar, infancia y juventud, Administraciones públicas, medios de comunicación, Fuerzas Armadas, etc.) a todos los miembros del colectivo LGTBI, tal y como, en su respectivo territorio, y en el campo de sus propias competencias, venían haciendo ya algunas leyes autonómicas<sup>17</sup>.

---

sexual e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGTB”, RGDC, 15, 2012, pp. 2 ss..

<sup>15</sup> Vid. DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, pp. 268 ss.

<sup>16</sup> BOCG núm. 122-1, de 12 de mayo de 2017 (XII Legislatura).

<sup>17</sup> Se trata de las siguientes: Ley 14/2012, de 28 de junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco; la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre, de la Generalitat de Cataluña para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de Canarias, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de

Está por ver que finalmente esta proposición de ley se retome y acabe aprobándose en la nueva legislatura, tal y como se demanda de manera insistente por parte del activismo LGTBI<sup>18</sup>. En todo caso, esta reivindicación pone claramente de manifiesto que la igualdad formal de todas las personas con independencia de su orientación sexual o identidad de género, en buena medida conseguida en España, no

---

Madrid, y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; la Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía y la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, y la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Aragón.

Como señala PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El discurso del odio...”, pp. 304 ss., “[e]stas leyes tienen un contenido similar e incluyen, entre otras cosas, medidas para garantizar el derecho de toda persona en el territorio de la respectiva comunidad autónoma a no ser discriminada por razón de su orientación sexual o identidad y/o expresión de género; también a la protección efectiva por parte de la Administración autonómica a personas que sean víctimas de discriminación y delitos de odio, o sufran trato discriminatorio, vejatorio o degradante por orientación sexual e identidad y/o expresión de género. En particular, se contemplan previsiones formativas, divulgativas, de sensibilización y, en general, acciones positivas que permitan la igualdad real de las personas LGTBI; medidas de apoyo y protección a personas LGTBI en situación de vulnerabilidad o exclusión social; acciones positivas, medidas de apoyo y reconocimiento institucional, en los ámbitos familiar y educativo, en el trabajo y la salud; medidas contra las agresiones y delitos de odio por orientación sexual e identidad o expresión de género y, finalmente, un capítulo de infracciones y sanciones para su aplicación a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por la realización de las acciones u omisiones tipificadas en estas leyes”.

<sup>18</sup> Liderado en nuestro país por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales (FELGTB), que agrupa a más de cincuenta asociaciones y colectivos LGTB de toda España: <https://www.felgtb.com/leylgtbi/>



siempre, y de manera inmediata, se traduce en igualdad real. De ahí la necesidad de seguir adoptando políticas públicas encaminadas a tal fin, sobre todo, en un momento en el que la tendencia, por lo que al reconocimiento y protección de la igualdad de derechos de las personas LGTBI en nuestro país se refiere, al tiempo que se está poniendo en entredicho por parte de ciertas fuerzas políticas con representación parlamentaria, comienza también a dar muestras de estar invirtiéndose, tal y como se deduce del último informe de la ILGA ya mencionado<sup>19</sup>, que sitúa a España en el puesto undécimo entre los países europeos más respetuosos de los mismos, cuando hace tan solo unos pocos años, en 2011, llegó a posicionarse en segundo lugar. Descenso que, en buena medida, según la propia ILGA, se debe a la inexistencia de una ley estatal que garantice tales derechos en todo el territorio nacional, en especial, en relación con los colectivos trans e intersex, que son los que presentan mayores dificultades.

#### 4. UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL

Antes de abordar el análisis de la configuración y alcance normativo y jurisprudencial de determinados derechos a través de los cuales se busca garantizar una vida plenamente digna de las personas con independencia de cuál sea su orientación sexual, debemos también realizar alguna precisión conceptual para evitar frecuentes confusiones.

Así, lo primero que hay que señalar es que aunque es habitual utilizar la expresión “derechos LGTBI”, o derechos de las personas LGTBI, lo cierto es que, en sentido estricto, tales derechos no existen. Lo que existe es una serie de manifestaciones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, o, más genéricamente, con la diversidad afectivo-sexual, que presentan, o han presentado, problemas en relación con ciertos derechos fundamentales, y, en primer lugar, con el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual e identidad de género.

---

<sup>19</sup> Vid. *Informe Homofobia de Estado 2019*: <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado>

Sin perjuicio de que volvamos de nuevo a ella, es fundamental que retengamos esta idea, porque cuando nos referimos, como es el caso, a “orientación sexual y derechos humanos”, básicamente a lo que nos estamos refiriendo es a una multitud de situaciones de muy diverso tipo, que van, entre otras muchas cosas, desde el ámbito penal hasta el laboral, del derecho de familia al derecho de sucesiones, de la seguridad social al ámbito fiscal o, en fin, de la libertad de expresión al matrimonio como etapa final de la igualdad formal, en las que lo que se produce es una diferenciación entre el tratamiento que reciben las personas como consecuencia directa o indirecta de su orientación sexual, heterosexual u homosexual (o, en su caso, bisexual). Diferencia que, anticipo ya, desde una perspectiva de derechos humanos avanzada, resulta, en todo caso, intolerable<sup>20</sup>.

Así pues, la expresión “derechos LGTBI” es una expresión que solo entendida de este modo adquiere sentido, pues estrictamente hablando no existen derechos propios y específicos de las personas LGTBI, de los que carezcan las personas heterosexuales o cissexuales, más allá del derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual o identidad de género<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Como con todo acierto señala Fernando Rey, la diferencia o desigualdad de trato es algo característico del Derecho, que, en buena medida, se dedica a distinguir hechos o actos para poder atribuirles distintas consecuencias jurídicas. Por eso, “[l]a igualdad es (...) una técnica de control: es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible. Igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato”. El problema, lógicamente, se encuentra en determinar si hay alguna razón que “justifique” un diferente trato jurídico que esté basado simplemente en la orientación sexual o identidad de género de una persona. Al tratarse de causas sospechosas (“discriminaciones especiales”) tal justificación deberá pasar un test judicial mucho más estricto que el de mera razonabilidad: el test de proporcionalidad. Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando: “Igualdad y prohibición de discriminación...”, pp. 129 y 137.

<sup>21</sup> Aun cuando, bien visto, este derecho también sería predicable de las personas heterosexuales y cissexuales, que tampoco podrían ser discriminadas por este motivo. Lógicamente, la diferencia se encuentra en que históricamente tal discriminación la han padecido las personas LGTBI, de ahí que se piense habitualmente en ellas cuando se haga referencia a este derecho.

## 5. EL DERECHO A LA INTIMIDAD O A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES

Aunque las cuestiones relacionadas con la orientación sexual se vienen abordando tiempo atrás desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de esta circunstancia, no siempre ha sido así. Por el contrario, sobre todo, en un principio, pero también hoy en día, la protección de las personas homosexuales, o, más específicamente, de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, se ha buscado en el ámbito del derecho a la intimidad, que en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional viene reconocido en el art. 18.1 CE<sup>22</sup>, o a la vida privada y familiar, que en el ámbito del Consejo de Europa se encuentra recogido en el art. 8 CEDH<sup>23</sup>. Así lo han hecho, en efecto, tanto nuestro Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones, como veremos a continuación.

Como es bien conocido, la intimidad de una persona se refiere a un ámbito de su vida privada que resulta inaccesible frente a la mirada curiosa de los demás, salvo que medie su propio consentimiento. Se identifica, en la terminología anglosajona, con *the right to be let alone*<sup>24</sup>, esto es, el derecho a ser dejado solo o a no ser importunado. Se

---

<sup>22</sup> Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

<sup>23</sup> Art. 8 CEDH. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>24</sup> Tal y como fue definido originariamente el derecho a la privacidad por Samuel Warren y Louis Brandeis en un influyente artículo publicado con este título en la Harvard Law Review en 1890. Vid. WARREN, Samuel D. / BRANDEIS, Louis D.: “The right to privacy”, Harvard Law Review, vol. 4, 15 de diciembre de 1890, nº 5. Se puede consultar *online* en el siguiente enlace: <https://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm> (en castellano: WARREN, S. D. y BRAN-

traduce, por tanto, en el derecho a salvaguardar la intimidad de una persona frente a cualquier intromisión ilegítima del poder público o de un particular, sea cual fuere el ámbito del que estemos hablando. Lógicamente, el alcance de este clásico derecho de libertad ha evolucionado mucho con el paso del tiempo, y, sobre todo, con el desarrollo de las nuevas tecnologías. En la era de la sociedad de la información, con las indiscretas redes sociales, las cada vez más abundantes cámaras de video-vigilancia, los satélites, la extensión y procesamiento de los *big data*, etc., podemos concluir que la intimidad ya no es lo que era.

Sea como fuere, lo que nos interesa, en este punto, es analizar, siquiera sea muy sucintamente, el modo en que este derecho de la personalidad se ha ido construyendo, en su acepción y contornos, en relación con las personas homosexuales, tanto a nivel español como europeo, por parte de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin olvidar alguna referencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### *5.1. Tribunal Constitucional español*

En un principio, el Tribunal Constitucional español apostó por una concepción material de la intimidad. Así, por ejemplo, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, enumeró una serie de asuntos, relacionados con las comunicaciones, que por razón de su contenido, y de acuerdo con el orden de valores y la cultura imperante en cada momento histórico en la sociedad, pueden asociarse con la intimidad de la persona. En otras resoluciones, el Tribunal incluyó dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad personal aspectos tales como la intimidad corporal (STC 37/1989, de 15 de febrero),

---

DEIS, L. D.: *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Civitas, Madrid, 1995).

Como recuerda, entre nosotros, María Nieves Saldaña, este artículo se considera “el ensayo fundacional de la protección de la esfera privada en los Estados Unidos al dar forma a la clásica definición de la privacidad (*privacy*) entendida genéricamente como el derecho a ser dejado solo o a no ser molestado, «the right to be let alone»”. Vid. SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “*The right to privacy*’. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren and Brandeis”, RDP, 85, pp. 197 ss. (<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/10723>)

o, esto es lo que más nos importa ahora, las relaciones sexuales (STC 151/1997, de 29 de septiembre) o las relaciones afectivas homosexuales (SSTC 99/2002, de 6 de mayo, y 121/2002, de 20 de mayo).

No obstante, dadas las insuficiencias de esta concepción material, en tanto que la misma resultaba excesivamente casuística e incapaz de ofrecer una respuesta satisfactoria para multitud de situaciones que se presentaban en la práctica y que para muchas personas constituían un atentado a su intimidad, el Tribunal Constitucional fue dando paso progresivamente a una concepción más subjetiva o formal de la intimidad. Así, ya en las SSTC 134/1999, de 15 de julio, y 144/1999, de 22 de julio, el Tribunal renuncia a delimitar contenidos materiales específicos del derecho a la intimidad, dejando en manos del titular del derecho la capacidad de decidir hasta dónde llega su intimidad o vida privada<sup>25</sup>.

Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que esta teoría también presentaba sus inconvenientes, pues de llevarse a su extremo una persona podría ampliar tanto el ámbito de su intimidad que otros derechos (libertad de expresión y de información, destacadamente) podrían sufrir más de lo conveniente<sup>26</sup>. De ahí que desde hace tiempo el Tribunal Constitucional procure mantener un cierto equilibrio y complementariedad entre la concepción material y formal del derecho a la intimidad<sup>27</sup>.

## 5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el TEDH ha mantenido una concepción muy amplia del derecho a la intimidad, o,

---

<sup>25</sup> Vid. al respecto los distintos trabajos contenidos en el libro colectivo, coordinado por la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El derecho a la privacidad en un nuevo contorno tecnológico*, CEPC, Madrid, 2016 (en especial, los trabajos de CARRILLO, Marc: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación”, págs. 11-70, y CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego / DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico, págs. 99-122).

<sup>26</sup> Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>27</sup> Vid. CARRILLO, Marc: “Artículo 18.1”, en Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 Aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 412.

más exactamente, a la privacidad<sup>28</sup>. Así, en el que podemos considerar el *leading case* en este terreno, el *caso Niemitz c. Alemania* (Sentencia de 16 de diciembre de 1992), el Tribunal reconoció que si bien no es posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de vida privada del art. 8 CEDH, el respeto a la misma “debe también englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”. Anteriormente, ya había reconocido que el respeto a la vida privada engloba actividades como las relativas a la vida e identidad sexuales, la integridad física y moral (STEDH de 26 de marzo de 1985: *caso X e Y c. Países Bajos*). Y en una sentencia pionera (*Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981), en la que se condena a este país por mantener en Irlanda del Norte una legislación penalizadora de los actos sexuales consentidos entre varones adultos, el Tribunal sostuvo ya que la realización de actos homosexuales en privado, aunque pueda herir la sensibilidad de las personas para las que la homosexualidad es inmoral, no puede ser, sin embargo, objeto de sanción penal, siempre y cuando nos encontremos ante actos consentidos entre adultos, pues lo contrario supondría una injerencia intolerable en “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”.

Esta línea jurisprudencial, que ponía el acento en la protección del derecho a la vida privada frente a injerencias graves en el mismo, encontró después confirmación en sentencias posteriores<sup>29</sup>. Con todo, hasta la sentencia recaída en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de

---

<sup>28</sup> Un análisis muy completo y riguroso de la jurisprudencia del TEDH que aquí se menciona se puede encontrar en RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, Francisco M.: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 122 ss. y 132 ss. Vid. asimismo GILBAJA CABRERO, Estela: “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, RDP, 91, 2014, págs. 303-340; y MANZANO BARRAGÁN, Iván: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, REDI, LXIV (2012), 2, págs. 49-78.

<sup>29</sup> Casos *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988; *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993; *Smith y Grady c. Reino Unido* y *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, ambos de 27 de septiembre de 1999; *A.D.T c. Reino Unido*, de 31 de julio de 2000; *Beck y otros c. Reino Unido* y *Perkins y R c. Reino Unido*, ambos de 22 de octubre de 2002.

junio de 2010, el Tribunal no reconocerá que las parejas homosexuales tienen “vida familiar” a efecto del art. 8 CEDH<sup>30</sup>, y que el derecho a contraer matrimonio amparado por el art. 12 CEDH no podía considerarse limitado, en todo caso, al que tenga lugar entre personas de diferente sexo, si bien se deja en manos de los Estados reconocer dicha posibilidad en sus respectivos territorios<sup>31</sup>.

### 5.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha sostenido también que entra dentro del ámbito de protección del derecho al respeto a la vida privada y familiar, reconocido en el art. 7 CDFUE,

---

<sup>30</sup> Anteriormente lo había negado en la Sentencia *Mata Estévez c. España*, de 10 de mayo de 2001.

<sup>31</sup> En este mismo sentido, en las sentencias *P.B. y J. S. c. Austria*, de 22 de julio de 2010; *Vallianatos y otros c. Grecia*, de 7 de noviembre de 2013; *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015; *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017, se reconoce que las parejas del mismo sexo pueden tener también “vida familiar”.

Es en la muy relevante sentencia *Taddeucci y McCall c. Italia*, de 30 de junio de 2016, en la que por vez primera el TEDH, a partir del reconocimiento a la vida familiar, considera que, a determinados efectos, puede haber discriminación cuando la legislación de un Estado trata de manera diferente a las parejas casadas y a las no casadas, si estas carecen de la posibilidad de contraer matrimonio por ser del mismo sexo.

En el ámbito de la adopción, con la Sentencia *E. B c. Francia*, de 22 de febrero, el TEDH revoca su jurisprudencia anterior (*Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002), al considerar que el Gobierno francés no había ofrecido “razones de peso especialmente convincentes” para denegar a los homosexuales el derecho a adoptar a título individual, lo que constituía una vulneración de los arts. 14 y 8 CEDH.

En el mismo sentido, pero en relación con un supuesto de adopción coparental, la sentencia *Gas y Dubois c. Francia*, de 15 de marzo de 2012, consideró que había “vida familiar” a efectos del art. 8 CEDH, dado que una de las mujeres era la madre biológica (que había concebido por inseminación artificial anónima) y la otra, su pareja, participaba activamente en la crianza y educación del menor, pero no discriminación, en tanto que la situación jurídica de la pareja no era equiparable a la de un matrimonio. Posteriormente, en la sentencia *X y otros c. Austria*, de 19 de febrero de 2013, el TEDH consideró, sin embargo, que constituía una discriminación la prohibición a las parejas del mismo sexo del derecho a la adopción coparental, cuando este era admitido para las parejas de sexo diferente.

lo relativo a la orientación sexual de una persona. Así, en la reciente Sentencia de 25 de enero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:36), el TJUE ha prohibido la realización de un examen psicológico para determinar la orientación sexual de una persona solicitante de asilo perseguida en su país a causa de su homosexualidad por entender que una medida de ese tipo “constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada” que “parece desproporcionada en relación con el objetivo perseguido” y que, además, “presenta una especial gravedad, puesto que está dirigida a proporcionar una visión general de los aspectos más personales de la vida del solicitante.

#### 5.4. *Conclusión provisional*

Dejando de lado los matices propios de cada caso concreto, lo que, en realidad, estos altos tribunales protegen a través del derecho a la intimidad o a la vida privada es la sexualidad de la persona, con independencia de con quién se practique, siempre que sea consentida y entre mayores de edad, dado que –como el TEDH tuvo ocasión de señalar– la sexualidad es expresión de “una de las partes más íntimas de la vida privada de una persona” (STEDH de 27 de diciembre de 1999, *caso Smith and Grady v. Reino Unido*). De este modo se consigue que el derecho a la vida privada aparezca como un obstáculo infranqueable contra el intento de persecución de las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, y, a mayores, contra la prohibición de la homosexualidad.

Pues bien, sin negar la importancia que esto tiene, rápidamente se adivinará, sin embargo, que esta conexión entre homosexualidad (o prácticas sexuales entre personas del mismo sexo) e intimidad o vida privada es absolutamente insuficiente para garantizar una vida digna de las personas homosexuales, en la medida en que la homosexualidad no es algo que se pueda circunscribir solo al ámbito privado o íntimo<sup>32</sup>, por más que dentro de él se desarrolle sin más límites que

---

<sup>32</sup> Como con toda claridad afirmó SUNSTEIN, Cass R.: “Homosexuality and the Constitution”, *Indiana Law Journal*, 70, 1995, p. 3: “*The fundamental problem for homosexuals is not well-described as a simple absence of privacy. Homosexuals can disguise their sexual orientation. The “closet” can furnish a degree of privacy. But the possibility of disguise is hardly a full solution to current pro-*



los que puedan existir para las prácticas sexuales entre personas de diferente sexo. Por el contrario, la homosexualidad en tanto que rasgo constitutivo e inescindible de la personalidad de un ser humano, ha de poder vivirse también en el espacio público sin más impedimentos que aquellos con los que se encuentran las personas heterosexuales, y que vienen dispuestos en la ley para asegurar otros derechos o bienes mercedores de protección.

El problema, por tanto, no está en que las personas homosexuales tengan o no reconocido un ámbito privado o íntimo en el que desarrollar libremente su sexualidad (como lo hacen las heterosexuales). El problema se encuentra en que las personas homosexuales idealmente deberían poder vivir su condición sexual en el espacio público con igual libertad que las personas heterosexuales. Es decir, en ausencia de coacción normativizada, por supuesto, pero también sin la que podríamos denominar “coacción ambiental”. Porque en el espacio público todas las personas deben poder mostrarse tal y como son, sin que por ello tengan que padecer no solo hostigamiento o persecución pública, como es lógico, sino también social o ambiental. Y la respuesta ante esta realidad, cuando se dé, no puede pasar simplemente por una vaga apelación a un derecho a la intimidad o a la vida privada, incapaz de ofrecer una respuesta satisfactoria para quien es objeto de ese trato.

En definitiva, se pone así de relieve que la protección de los derechos de las personas homosexuales no es una cuestión que se resuelva simplemente garantizándoles un ámbito de intimidad o privacidad dentro del cual puedan desarrollar libremente su sexualidad sin intrusión ajena. Eso es algo que, digamos, va de suyo en un Estado social y democrático de Derecho que, como el nuestro, propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE), y que proclama como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre

---

*blems. For this reason the emphasis on privacy rights seems to misconceive the basic issue. The lack of privacy against public and private intrusion is certainly one problem, but it is a problem primarily because of deeper problems of discrimination. A resort to rights of privacy is therefore a misleading or, at least, an incomplete foundation for constitutional law in this area”.*

desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y los derechos de los demás (art. 10.1 CE).

Más bien, la cuestión es cómo garantizar a estas personas que, fuera de ese reducto de la intimidad o privacidad, puedan también desarrollar su personalidad con tanta libertad como lo hacen las personas heterosexuales. En definitiva, el problema no es de intimidad, sino de discriminación. Lo que complica sobremanera las cosas, pues la pura igualdad formal, aun siendo condición necesaria para evitar esa discriminación odiosa, no es condición suficiente. La historia nos debería haber enseñado ya que en la lucha contra la discriminación (del tipo que sea), la ley no siempre ha podido transformar la realidad, aunque haya podido ayudar a ello de manera importante.

Si volvemos al comienzo de este escrito, y nos retrotraemos a los Estados Unidos de América, hace 50 o 60 años, y ampliamos el foco de visión hasta la actualidad, comprenderemos bien lo que esto significa. La legislación antidiscriminatoria aprobada en esos años en EE.UU. consiguió acabar con la desigualdad formal entre blancos y negros, pero no con la discriminación social o ambiental que todavía hoy se sigue produciendo, en ocasiones, con muy graves consecuencias.

Y si eso sucede con un rasgo como el color de la piel, imposible de ocultar, bien podemos imaginar qué puede suceder con otro que sí se puede disimular. Pero no solo eso, es que además, como también señalaba con anterioridad, las personas homosexuales se enfrentan a otra “desventaja” que ejerce una gran presión o bien para caer en el disimulo o bien para tener que sacar del ámbito de su intimidad, que ya nada garantizaría, su verdadera condición sexual. Y es que existe, en efecto, una presunción de heterosexualidad que, sin ser muchas veces conscientes de su alcance, impregna parte importante de nuestras relaciones, no solo personales, sino también profesionales. Por lo tanto, insisto, el derecho a la intimidad o a la vida privada se muestran absolutamente ineficaces para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales. Es más, puede incluso ser utilizado como un arma para atacar precisamente aquello que se supone que tiene que proteger. No es infrecuente escuchar aquello de “no tienes por qué decir que eres homosexual, forma parte de tu intimidad (o vida privada), y a nadie

le importa”. Pero, sí, claro que importa, porque quien no vence esa presunción de heterosexualidad se está condenando a ser y a mostrarse como, en realidad, no es<sup>33</sup>.

## 6. EL DERECHO A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL

Descartada, por tanto, la eficacia del derecho a la intimidad para garantizar por sí solo el libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales, y, en definitiva, su dignidad (pues, al final, de esto se trata, de que cada uno pueda desarrollar su personalidad con plena libertad como condición imprescindible para poder disfrutar de una vida digna, tanto en el espacio privado como en el público), el foco de atención ha de ponerse en el otro derecho que, según se ha apuntado ya, está en juego: el derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación por razón de orientación sexual<sup>34</sup>. Un derecho que está reconocido, más o menos en estos términos, de manera implícita, en el ordenamiento constitucional español (art. 14 CE) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14 CEDH), así como, de manera explícita, en el Derecho de la Unión Europea (art. 10 TFUE y art. 21.1 CDFUE)<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Con el coste –como señalaba Fernando Rey– de “una gestión esquizofrénica de la propia existencia”. Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, RDP, 100, 2017, p. 137.

<sup>34</sup> Tal y como sostiene REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental...”, p. 6 ss., “(...) parece más útil el encaje sistemático de la protección constitucional de la homosexualidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del art. 14 CE, sin perjuicio de considerar que, eventualmente, pudieran verse afectados otros derechos fundamentales, como el de la intimidad (...) La igualdad/prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados (...) pero también en los públicos (...)”.

<sup>35</sup> Art. 10 TFUE: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”  
Art. 21 CDFUE, “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, per-

Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe una norma que, como tal, desarrolle de manera específica el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual, sí es posible, sin embargo, encontrar, tal y como hemos tenido ocasión de ver ya, disposiciones penales y laborales que prohíben esta discriminación, con las pertinentes consecuencias en caso de incumplimiento<sup>36</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, y pese a las reticencias mostradas durante mucho tiempo, ha considerado ya en diversas ocasiones la orientación sexual un rasgo sospechoso de discriminación a partir de la apertura del art. 14 CE a “cualquier condición o circunstancia personal”. Así lo hizo de manera explícita, por vez primera, en la STC 41/2006, de 13 de febrero, en un caso de despido de un empleado de la compañía aérea Alitalia por razón de orientación sexual. Igualmente relevantes a este respecto son la citada STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declara la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para permitir la celebración de este entre personas del mismo sexo, así como la STC 41/2013, de 14 de febrero, en la que el Tribunal considera inconstitucional el requisito de haber tenido hijos comunes para causar derecho a la pensión de viudedad establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, porque establece una diferencia de trato que “no obedece a ninguna razón objetivamente justificada”, al tiempo que conduce a “un resultado

---

tenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

<sup>36</sup> Vid. DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, pp. 242 ss. Véanse asimismo los trabajos de ROMBOLI, Roberto: “La homosexualidad como elemento de discriminación: Principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas”; DÍAZ LAFUENTE, José: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel: “Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia”; y SANTANA VEGA, Dulce M.: “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales”, contenidos en el libro colectivo dirigido por Víctor CUESTA LÓPEZ y Dulce M. SANTANA VEGA: *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenidos hijos comunes”, tal y como les sucedería, entre otras, a las parejas del mismo sexo.

En el ámbito del Consejo de Europa, hasta 2010 el Consejo de Ministros no aprobará la Recomendación CM/Rec (2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, un texto no vinculante, pero que contiene relevantes pautas interpretativas y de actuación para los Estados miembro. No obstante, en este ámbito ha sido fundamental el papel desplegado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrollando una jurisprudencia protectora de la igualdad de las personas LGTB y sancionadora de su discriminación, con resoluciones tan relevantes como *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, en la que el Tribunal afirmó por vez primera que la homosexualidad debía considerarse una categoría incluida en el art. 14 CEDH, considerando, a tal efecto, que la denegación al demandante de la custodia de su hija a causa de su orientación sexual constituía una discriminación en el derecho a la vida familiar contraria al CEDH; o *L. y V. c. Austria* y *S. L. c. Austria*, ambas de 9 de enero de 2003, en las que, a diferencia de lo que había fallado en *Dudgeon c. Reino Unido*, el Tribunal entendió que la diferencia de edad para otorgar el consentimiento en las relaciones de carácter heterosexual y homosexual (mayor en estas últimas) constituía una vulneración de los arts. 14 y 8 CEDH<sup>37</sup>.

Especialmente significativa es la jurisprudencia recaída en materia de libertad de expresión y de reunión y manifestación, pues es aquí donde se pone claramente de relieve la importancia de que la orienta-

---

<sup>37</sup> Esta línea jurisprudencial fue después confirmada en Sentencias tales como *Woditschka y Wilfling c. Austria*, de 21 de octubre de 2004; *Ladner c. Austria*, de 3 de febrero de 2005; *Wolfmeyer c. Austria*, de 26 de mayo de 2005; *H.G. y G.B. c. Austria*, de 2 de junio de 2005; *R.H. c. Austria*, de 19 de enero de 2006; *E. B. y otros c. Austria*, de 7 de noviembre de 2013.

Un análisis riguroso de todas estas sentencias en RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M.: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia...”, pp. 125 ss. y 163 ss.

ción sexual no quede simplemente circunscrita al ámbito del derecho a la vida privada o a la vida familiar. A tal efecto, destacan los casos *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, y, sobre todo, *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, en el que el TEDH, de manera expresa, reconoció que las personas homosexuales tienen “derecho a identificarse como tales en la esfera pública y a promover el reconocimiento y la defensa de sus derechos a través de reuniones públicas y manifestaciones”, de modo que la prohibición de estas constituye una vulneración de los derechos de reunión y no discriminación reconocidos en los arts. 11 y 14 CEDH<sup>38</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, ya el Tratado de Ámsterdam de 1997, en su art. 2.7, posibilitó a las instituciones europeas la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual de la persona, “convirtiéndose así en el primer instrumento jurídico internacional vinculante en prohibir de forma explícita la orientación sexual como motivo de discriminación”<sup>39</sup>. Además, el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual se encuentra reconocido como rasgo objetivo en diversas Resoluciones del Parlamento Europeo (de 8 de febrero de 1994, 18 de enero de 2006 y 24 de mayo de 2012). Asimismo, hay que tener en cuenta los avances normativos que se han producido en la lucha contra la discriminación por este motivo en determinados campos. De manera destacada, en el terreno socio-laboral, la Directiva 2000/78/EC de igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, introdujo por primera vez en la UE la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido oca-

---

<sup>38</sup> Véanse también las sentencias recaídas en los casos *Genderdoc-M c. Moldova*, de 12 de junio de 2012; *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015; y *Lashmankin y otros c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017. Muy relevante, a causa de su amplia repercusión mediática, es también la sentencia del caso *Bayev y otros c. Rusia*, de 20 de junio de 2017, en la que el TEDH declaró contrarias al art. 10 CEDH (libertad de expresión), y a este mismo precepto en relación con el art. 14 CEDH, las conocidas leyes rusas “anti-propaganda gay”, al considerar que existe un consenso europeo claro en reconocer el derecho de las personas homosexuales a identificarse abiertamente como tales y a defender sus derechos.

<sup>39</sup> Vid. DÍAZ LAFUENTE, José: “Avances en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en la Unión Europea”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 69 ss.

sión de pronunciarse sobre este tipo de discriminaciones en diversas ocasiones, como en la Sentencia de 1 de abril de 2008 (asunto *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*), que constituye el punto de inflexión en este campo<sup>40</sup>.

Por su parte, en el ámbito de Naciones Unidas, los textos sobre derechos humanos no hacen referencia expresa a esta concreta causa de discriminación (la orientación sexual); sin embargo, el Comité de Derechos Humanos sí se ha referido a ella desde hace tiempo para condenar a algún Estado por ese motivo. Así, en el caso *Toonen c. Australia*, resuelto por el Comité el 31 de marzo de 1994, se condenó a este Estado por castigar penalmente las relaciones sexuales consentidas entre hombres mayores de edad por ser contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>41</sup>, dentro de la cual también cabe entender incluida la prohibición de discriminar por razón de orientación sexual.

Ya en el presente siglo, se ha de mencionar la aprobación, el 9 de noviembre de 2006, de los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, popularmente conocidos como *Principios de Yogyakarta*, en recuerdo de la ciudad indonesia donde se reunió el grupo internacional de expertos en derechos humanos que aprobó este catálogo de 29 principios que, aunque no sean jurídicamente vinculantes, sí se han convertido en una guía muy útil para aplicar los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos a las personas que padecen algún tipo de discriminación como consecuencia de su orientación sexual e identidad de género. Tales principios establecen, por un lado, los derechos que corresponden a las personas LGTBI, y, por el otro, las “obligaciones” que incumben a los Estados para que aquellos se puedan disfrutar plenamente<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. asimismo las sentencias de 12 de diciembre de 2013 (asunto *Frédéric Hay c. Crédit Agricole Mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*), y de 25 de abril de 2013 (asunto *Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*).

<sup>41</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue ratificado por España el 20 de abril de 1977.

<sup>42</sup> Vid.: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_sp.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf)

Diez años más tarde, se llevó a efecto una revisión de estos Principios con el fin de incluir aquellos aspectos que, afectando también a las personas LGTBI, habían quedado, sin embargo, fuera de su contenido original, entre otros, determinadas referencias a la expresión de género y a las características sexuales. De este modo, el 10 de noviembre de 2017 se adoptaron en la ciudad suiza de Ginebra los *Principios de Yogyakarta plus 10*, que contienen nueve nuevos principios que vienen a complementar los veintinueve ya reconocidos anteriormente, así como a añadir obligaciones adicionales de los Estados en relación con algunos de estos<sup>43</sup>.

Importante significado tiene también el hecho de que el 18 de diciembre de 2008 se presentara ante la Asamblea General de Naciones Unidas la *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, y que en años posteriores el Consejo de Derechos Humanos aprobara varias resoluciones y documentos para combatir la discriminación sobre orientación sexual e identidad de género<sup>44</sup>,

---

<sup>43</sup> Vid: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf)

<sup>44</sup> En primer lugar, la Resolución 17/19 de 14 de julio de 2011 («Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»), que se encuentra en el origen del primer informe oficial sobre esta cuestión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género» (informe A/HRC/19/41 - 17 de noviembre de 2011: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/19/41&referer=/english/&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/19/41&referer=/english/&Lang=S)), así como del ulterior informe «Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos» (Nueva York-Ginebra, 2012: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf)). Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos adopta la Resolución 27/32, de 2 de octubre de 2014 (“Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” - A/HRC/RES27/32: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/35/PDF/G1417735.pdf?OpenElement>), en la que al tiempo que recuerda las violaciones de los derechos humanos padecidas por estos motivos, solicita al Alto Comisionado que actualice el informe (A/HRC/19/41) con miras a compartir buenas prácticas y formas para superar la violencia y la discriminación, en aplicación de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos en vigor, lo que da lugar después al Informe “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” (4 de mayo de 2015 - A/HRC/29/23: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/29/23&referer=/english/&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/29/23&referer=/english/&Lang=S)). Poco después, en septiembre de 2015, los organismos de las Naciones Unidas sacaron a luz un comunicado (“Poner fin a la violencia y a la discriminación



que más allá de su escasa eficacia práctica, sí tienen un valor simbólico e informativo muy valioso para situar el debate internacional en torno a estas cuestiones en sus justos términos.

---

contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex”: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint\\_LGBTI\\_Statement\\_ES.PDF](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF)), en el que instan a los Estados a que tomen medidas urgentes para poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex (LGTBI).

Al año siguiente, el Consejo de Derechos Humanos aprueba la Resolución 32/2, de 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement>) sobre “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, en la que decide nombrar, por un período de tres años, a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, exhortando a todos los organismos de derechos humanos así como a los Estados parte a que le presten toda la colaboración que solicite. Este Experto Independiente, hasta el momento, ha presentado cuatro informes, dos para el Consejo de Derechos Humanos y dos para la Asamblea General, en 2017 y 2018 (A/HRC/35/36, 19 de abril de 2017: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/095/58/PDF/G1709558.pdf?OpenElement>; A/72/172, 19 de julio de 2017: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/72/172&referer=http://www-edit.in.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/172&referer=http://www-edit.in.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx&Lang=S); A/HRC/38/43, 11 de mayo de 2018; y A/73/152, 12 de julio de 2018: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/73/152&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/152&Lang=S)), en los que se contienen una información muy valiosa sobre el estado en que se encuentran las personas LGTBI en muchos lugares del mundo, así como una serie de recomendaciones y medidas para abordar las situaciones de discriminación que padecen.

Además, en el año 2016 se publica el Informe “LIVING FREE AND EQUAL. What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people” (<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual.pdf>), en el que se analizan numerosos ejemplos de lo que los Estados están haciendo para atajar la violencia y discriminación que padecen estas personas.

Para un estudio más detallado de la actuación de la ONU en materia de protección de los derechos de las personas LGTBI, vid. sendos trabajos de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Apuntes para un debate”, RGDC, 17(número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013; y “La organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

En este contexto nacional e internacional que acabamos de ver de manera muy resumida, el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual se presenta, entonces, como el gran baluarte para la protección de las personas LGTBI. Llevado al límite de sus posibilidades hermenéuticas, que es lo que hay que hacer con el derecho antidiscriminatorio para que sea realmente efectivo, cabría entender que queda prohibido cualquier trato jurídico diferente de una persona frente a otra que esté únicamente basado en su orientación sexual, ya sea esa incidencia sobre este derecho directa o indirecta<sup>45</sup>. En el primer caso, lógicamente, será más fácil de descubrir; en el segundo, no tanto, de ahí la ingente labor que a este respecto están desarrollando los distintos Tribunales, descubriendo discriminaciones no aparentes en muy diferentes ámbitos a partir de los casos que les llegan, como hemos podido comprobar.

Aunque, en términos generales, se ha de valorar con cautela la labor desempeñada por estos órganos jurisdiccionales, lo cierto es que la misma comienza a mostrarse más proclive al reconocimiento de derechos a favor de las personas homosexuales a partir de los años setenta del pasado siglo, momento en que comienza a producirse un cambio paulatino en la forma de entender la homosexualidad, gracias, en buena medida, al giro copernicano que experimenta la lucha del movimiento de liberación homosexual a partir de los conocidos “disturbios de Stonewall”, en Nueva York, durante la noche del 28 de junio de 1969<sup>46</sup>. Un cambio social que, como suele suceder en casos como este, provocó cambios legales, que se fueron traduciendo paulatinamente en la despenalización de las prácticas sexuales entre per-

---

<sup>45</sup> Sobre las diferencias entre discriminación directa o de trato y discriminación indirecta o de impacto, así como sobre el sentido y alcance de las discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación y la discriminación múltiple, vid. REY MARTÍNEZ, Fernando: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, RDP, 100, 2017, pp. 140 ss.

<sup>46</sup> Vid. ARROYO GIL, Antonio: “Homosexualidad y matrimonio en Estados Unidos. Historia de un acierto histórico”, en Revista de Libros, 04.02.2016, págs. 1-15: <http://www.revistadelibros.com/discusion/homosexualidad-y-matrimonio-en-estados-unidos-historia-de-un-acierto-historico>; y DELGADO RAMOS, David: “Obergefell contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, RDP, 99, 2017, págs. 325-356.

sonas del mismo sexo, y que llevaron finalmente a que el 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud dejara de considerar la homosexualidad una enfermedad mental.

De este modo se iba poniendo fin al tratamiento penal y médico de la homosexualidad y correlativamente se iba entrando en el mundo de los derechos humanos, de forma que en numerosos países de nuestro entorno se ha ido produciendo desde entonces un progresivo reconocimiento de derechos a favor de las personas homosexuales que antes tenían vedados. Y a este respecto, insisto, la labor de los Tribunales ha sido también decisiva, por más que, en ocasiones, se hayan mostrado un tanto reticentes a extraer todas las potencialidades posibles al reconocimiento legal de la prohibición de discriminación<sup>47</sup>. Crítica esta que podemos dirigir, muy destacadamente, a nuestro Tribunal Constitucional, que en diversas ocasiones no se “atrevió” a dar el paso de reconocer discriminación por orientación sexual donde la había<sup>48</sup>; y que cuando falló positivamente a favor de la constitucionalidad de la ley de reforma del Código civil que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre), lo hizo a partir de una argumentación muy discutible, por más que el sentido del fallo sea perfectamente compatible<sup>49</sup>.

Esta prohibición de discriminación, que en relación con la actuación del poder público apenas plantea hoy dudas en nuestro país y

---

<sup>47</sup> En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos compartimos la valoración de RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M.: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia...”, pp. 101 ss., cuando señala que “[n]o ha sido siempre fácil para el Tribunal adoptar una postura vanguardista en la materia, pero creo que puede afirmarse con justicia que, con el material normativo a su disposición, y a pesar de los prejuicios y reticencias de algunos de sus miembros sobre los derechos de las personas LGBT, el Tribunal ha ido construyendo, con cautela y paulatinamente, una jurisprudencia que, si no plenamente satisfactoria para los derechos LGBT, puede considerarse al menos suficientemente favorable”.

<sup>48</sup> Como señala DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España...”, p. 272, “[e]l papel del Tribunal Constitucional parece (...) más que cuestionable, en la medida en que se ha limitado a confirmar las decisiones del legislador, sin apenas extraer nada sustantivo de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de nuestro texto constitucional”.

<sup>49</sup> Vid. ARROYO GIL, Antonio: “De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio. Breve comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo)”, RGDC, 17, 2013.

en los de nuestro entorno más inmediato, sí es más cuestionada, por lo que se refiere a su alcance, en el seno de las relaciones privadas. En principio, y de conformidad con un entendimiento favorable a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>50</sup>, cabría afirmar que esa prohibición de discriminación es igualmente efectiva en este terreno<sup>51</sup>; ahora bien, ello no nos puede llevar a ignorar que en este campo se pueden producir colisiones entre este derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual y los derechos que corresponden a otras personas, muy especialmente la libertad de expresión, que, lógicamente, son merecedores igualmente de protección, de ahí que en el seno de estas relaciones privadas el poder público, y, especialmente, los órganos judiciales, deban abordar estas posibles colisiones con sumo cuidado, buscando, en cada caso concreto, un equilibrio nada fácil de precisar de antemano<sup>52</sup>. Además,

---

<sup>50</sup> Vid. sendos trabajos de BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997; y “La consolidación dogmática y jurisprudencia de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21, 2017 (ejemplar dedicado a *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, editado por Cristina Izquierdo Sans y José María Rodríguez de Santiago, págs. 43-74.

<sup>51</sup> Así lo afirma de manera indubitada REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental...”, p. 15.

<sup>52</sup> Así trata de hacerlo el TEDH, que ya desde su sentencia recaída en el caso *Vejdelan y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, se manifestó sobre la compatibilidad con el art. 10.2 CEDH de la criminalización del discurso de odio contra las personas homosexuales. En este caso, el Tribunal recordó su jurisprudencia sobre la incitación al odio, haciéndola extensiva al discurso homófobo, al entender que “la discriminación basada en la orientación sexual [era] igualmente grave que la discriminación basada en la raza, el origen o el color”; a tal efecto, reiteró además que tal “incitación al odio no requería necesariamente una invitación a realizar un acto de violencia u otros actos criminales, sino que los ataques a personas cometidos mediante insultos o actos de humillación o difamación de grupos específicos de población podían ser suficiente para que las autoridades privilegieran la lucha contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable”. Véase también la sentencia del caso *Sousa Goucha c. Portugal*, de 22 de marzo de 2016, en la que, sin embargo, el Tribunal primó la libertad de expresión sobre el derecho a la reputación de la persona afectada por un comentario satírico sobre su condición sexual. Un exhaustivo análisis crítico de esta jurisprudencia, especialmente disconforme con el sentido de esta última sentencia en tanto que entiende que la dignidad e integridad moral del demandante se habían visto puestas en entredicho seria-

tampoco podemos ignorar que, en estos supuestos, nos encontraremos en muchas ocasiones con una gran dificultad para probar que el trato cuestionado de una persona a otra es merecedor del reproche de discriminatorio por razón de orientación sexual, dado que en las relaciones privadas, con frecuencia, no se actúa a partir de un solo dato identificativo de la otra persona, sino de un conjunto de ellos, muchas veces difícilmente separables.

En esta misma línea, y aunque la cuestión resulta altamente controvertida, tampoco se puede ignorar que un exceso de protección legal de un determinado colectivo que se ha visto tradicionalmente discriminado, como es el caso del de las personas homosexuales, puede traer consigo un efecto contrario al deseado, en la medida en que puede contribuir a potenciar o perpetuar una imagen estereotipada del mismo, que es la que en el fondo alimenta los prejuicios que se tienen frente a él.

De ahí que, cuando menos, quepa poner en duda que las medidas de discriminación positiva, tantas veces reclamadas, sean adecuadas para luchar contra determinados comportamientos o actitudes homófobos, aún muy arraigados, incluso de manera inconsciente, en la sociedad<sup>53</sup>. Precaución esta que, sin embargo, no impide que legítimamente se pueda reclamar que desde los poderes públicos se lleven a cabo determinadas políticas públicas, o medidas concretas, sobre todo, en el campo de la educación y de los medios de comunicación públicos, que tiendan a ir venciendo esos prejuicios, estereotipos o estigmas que todavía acompañan a las personas homosexuales, y que lamentablemente aún se encuentran muy extendidos.

---

mente, en RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M.: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia...”, pp. 185 ss.

Sobre el discurso del odio y las personas homosexuales, vid. PRESNO LINE-RA, Miguel Ángel: “El discurso del odio...”, pp. 284 ss. y 297 ss. Vid. asimismo ALONSO, Lucía / VÁZQUEZ, Víctor (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.

<sup>53</sup> Comparto también en este punto la opinión de REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental...”, p. 15 ss., quien, si bien considera que los poderes públicos pueden adoptar algunas acciones positivas en favor de la igualdad de los homosexuales, niega, sin embargo, que este terreno sea apto para la puesta en práctica de medidas de discriminación positiva.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los últimos tiempos se está poniendo cada vez más en entredicho el carácter binario del sexo, lo que ha llevado a que algunos países reconozcan ya la posibilidad de que una persona no se identifique ni con el sexo masculino ni con el femenino, sino con otro que no hay por qué calificar<sup>54</sup>. En medio de este debate, cada vez son más las voces que abogan directamente por la supresión de la necesidad de tener que identificarse con un determinado sexo en los documentos y registros oficiales, porque, en realidad, se dice, ese dato apenas tiene, o debería tener, relevancia alguna en las miles de operaciones jurídicas que tiene que realizar una persona a lo largo de su vida, o, por extensión, en el espacio público.

Si esto es así, excepciones al margen, en relación con el sexo, mucho más debería serlo en relación con la orientación sexual de una persona, pues este sí que es, o debería ser, un dato absolutamente irrelevante en el espacio público, entendiendo por tal también el que se regula jurídicamente. Que aún no lo sea y que el legislador tenga que plantearse la necesidad de intervenir para ordenar numerosas relaciones a fin de evitar discriminaciones, a demanda, muchas veces, de las asociaciones de defensa de los derechos de las persona LGTBI, pone de relieve que si en nuestro país es mucho lo conseguido a fecha de hoy, queda aún mucho por conseguir. Es la distancia, a veces vertiginosa, que separa la igualdad formal de la igualdad real. Y eso sin olvidarnos de lo que sucede en otros muchos lugares del mundo, en los que lo que está en juego, como hemos visto, es la propia vida e integridad física de las personas LGTBI.

---

<sup>54</sup> Así sucede ya en países como Australia, India, Nepal, Sudáfrica, Malasia, Nueva Zelanda, Alemania, Austria u Holanda, o en los Estados de California, Colorado, Oregón o Washington D. C. en Estados Unidos. Incluso la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución de 22 de abril de 2015, ha instado a los Estados partes a considerar la inclusión de una tercera opción de género en los documentos de identidad de las personas que así lo soliciten. Recientemente, el debate ha adquiriendo cierta relevancia académica y mediática, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 10 de octubre de 2017 (1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69)). Vid. ARROYO GIL, Antonio: "Intersexualidad..", pp. 442 ss.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel: “Investigación y persecución de delitos de odio y discriminación en los supuestos de homofobia y la transfobia”, en Cuesta López, Víctor / Santana Vega, Dulce M., *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 351-382.
- ALONSO, Lucía / VÁZQUEZ, Víctor J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Apuntes para un debate», RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-34.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «La organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre», en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ARROYO GIL, Antonio: “De cómo por un mal camino se puede llegar a un buen sitio. Breve comentario a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo)”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013,, págs. 1-10.
- ARROYO GIL, Antonio: “Homosexualidad y matrimonio en Estados Unidos. Historia de un acierto histórico”, en Revista de Libros, 04.02.2016, págs. 1-15: <http://www.revistadelibros.com/discusion/homosexualidad-y-matrimonio-en-estados-unidoshistoria-de-un-acierto-historico>
- ARROYO GIL, Antonio: “Intersexualidad: una aproximación jurídica”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 437 ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, 2019 [en prensa].
- BILBAO UBILLOS, Juan María: “La consolidación dogmática y jurisprudencia de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21, 2017 (ejemplar dedicado a *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, editado por Cristina Izquierdo Sans y José María Rodríguez de Santiago, págs. 43-74.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997.

- CARRILLO, Marc: “Artículo 18.1”, en Pérez Tremps, Pablo / Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 Aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CARRILLO, Marc: “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El derecho a la privacidad en un nuevo contorno tecnológico*, CEPC, Madrid, 2016, págs. 11-70.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El derecho a la privacidad en un nuevo contorno tecnológico*, CEPC, Madrid, 2016, págs. 99-122.
- DELGADO RAMOS, David: “Obergefell contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, RDP, 99, 2017, págs. 325-356.
- DÍAZ CREGO, María: “Los derechos del colectivo homosexual en España: de la despenalización de la homosexualidad al respeto de la diversidad afectivo sexual”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A. (dirs.), *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DÍAZ LAFUENTE, José: “Avances en la protección de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en la Unión Europea”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A. (dirs.), *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DÍAZ LAFUENTE, José: “El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, CUESTA LÓPEZ, Víctor / SANTANA VEGA, Dulce M., *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- ELVIRA PERALES, Ascensión: “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, TRC, 20, 2007, págs. 655-661.
- ELVIRA PERALES, Asunción: “Transexualidad y derechos”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-29.
- EXPÓSITO, Enriqueta: “El derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movi-



- miento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-21.
- GILBAJA CABRERO, Estela: “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, RDP, 91, 2014, págs. 303-340.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: “La diversidad sexual como causa (prohibida) de discriminación laboral”, Revista Aranzadi Doctrinal, 3, 2018, págs. 89-120.
- ILGA: *Informe Homofobia de Estado 2019*: <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado>.
- LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, Derecho Privado y Constitución, 32, 2018.
- MANZANO BARRAGÁN, Iván: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, REDI, LXIV (2012), 2, págs. 49-78.
- MARTÍN SÁNCHEZ, María: “El vago ‘sí’ del Tribunal Constitucional”; y NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: “Matrimonio homosexual y categorías jurídicas”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-12.
- MARTÍN SÁNCHEZ, María: “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado”, REDC, 107, 2016, págs. 219-253.
- MARTÍN SÁNCHEZ, María: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, TRC, 31, 2013, págs. 541-554.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A. (dirs.), *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-23.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, RDP, 100, 2017.

- REY MARTÍNEZ, Fernando: “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-26.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: “Orientación sexual e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGTB”, RGDC, 15, 2012.
- ROMBOLI, Roberto: “La homosexualidad como elemento de discriminación: Principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas”, en Cuesta López, Víctor / Santana Vega, Dulce M., *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M.: “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Matia, F. J. / Elvira, A. / Arroyo, A., *La protección de derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “El matrimonio igualitario como exigencia del libre desarrollo de la afectividad y sexualidad”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-27.
- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves: “*The right to privacy*’. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren and Brandeis”, RDP, 85, 2012, págs. 195-239.
- SANTANA VEGA, Dulce M.: “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales”, en Cuesta López, Víctor / Santana Vega, Dulce M., *Estado de Derecho y Discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 383-420.
- SCHERPE, J. M./DUTTA, A./HELMS, T. (eds.): *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018
- SUÁREZ CORUJO, Borja: “Derecho laboral y LGTB”, RGDC, 17 (número monográfico dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coordinado por F. J. Matia, A. Elvira y A. Arroyo), 2013, págs. 1-16.
- SUNSTEIN, Cass R.: “Homosexuality and the Constitution”, *Indiana Law Journal*, 70, 1995, págs. 1-28.
- WARREN, Samuel D. / BRANDEIS, Louis D.: “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, nº 5, 15 de diciembre de 1890 (en castellano: WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Civitas, Madrid, 1995).

# LA VIDA PRIVADA



# LA EMERGENCIA DE UN DERECHO AL DISFRUTE DE UN (MEDIO) AMBIENTE PACÍFICO, SANO Y LIMPIO

Luis I. Gordillo Pérez

*Profesor Titular de Derecho constitucional*

*Universidad de Deusto*

*gordillo@deusto.es*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo realiza un análisis de la jurisprudencia más significativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio. Para ello se va analizando el uso que la Alta instancia de Estrasburgo va haciendo del precepto clásico en la materia (el artículo 8 CEDH relativo al derecho al respecto del domicilio) y cómo va incluyendo otros preceptos y va protegiendo otras situaciones vitales de los recurrentes a través de los artículos 2 (derecho a la vida e, indirectamente, a la salud), 6 (acceso a la justicia, incluyendo una tutela judicial efectiva), 10 (derecho a la libertad de expresión, incluyendo la información e incluso la participación en procesos decisorios) y el artículo 1 del Protocolo adicional 1 (derecho a la propiedad).

A lo largo de este análisis se va comprobando cómo la evolución no es del todo lineal, sino que hay algún que otro vaivén, se comprueba también cómo se va produciendo una cierta mutación en muchos derechos que pasan a tener un contenido material importante (como el artículo 8) y, en definitiva, cómo el TEDH se erige en el demiurgo del contenido de ese orden público europeo que se comprometió a defender. Igualmente, se estudia la recepción de la jurisprudencia de Estrasburgo por parte del Tribunal Constitucional español y se entra en la disputa relativa a si el artículo 10.2 tiene algún límite en su apertura o si en virtud de esta disposición pueden crearse derechos nuevos.

Finalmente, en las conclusiones se refleja cómo el Tribunal de Estrasburgo, partiendo de los contenidos y garantías que recogían otras disposiciones, está construyendo un nuevo derecho de naturaleza convencional (entre nosotros, pasaría a ser fundamental) que podríamos definir como el derecho al disfrute de un (medio)ambiente pacífico, sano y limpio.

## 2. EL PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO (ARTÍCULO 8)

El artículo 8 del CEDH protege el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El domicilio es, normalmente, el lugar donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, entendido éste no solamente como el derecho a un espacio físico, sino como una garantía que permita su disfrute en paz.

Las violaciones de este derecho al respeto al domicilio no se refieren solamente a violaciones materiales o personales, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también a violaciones inmateriales como los ruidos, las emisiones, olores u otras injerencias análogas. Si las violaciones son graves pueden suponer la privación del derecho al respeto al domicilio porque estas situaciones impedirían el disfrute del mismo.

De este modo, tempranamente, el TEDH no tuvo reparos en declarar aplicable el artículo 8 CEDH en un supuesto de contaminación acústica en tanto que «el ruido de los aviones del aeropuerto de *Heathrow* [había] disminuido la calidad de la vida privada y las comodidades del hogar» de los recurrentes<sup>1</sup>. Unos años después, la Alta instancia de Estrasburgo añadiría que «algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho al disfrute de

---

<sup>1</sup> Recurso núm. 9310/81, *Powell and Rayner vs. The United Kingdom*, STEDH (Sala) 21 febrero 1990, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57622>>, párrafo 40. Para un análisis de esta primera jurisprudencia, vide DESGAGNE, R., «Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights», *The American Journal of International Law*, Vol. 89/2, 1995, pp. 263-294.

su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado»<sup>2</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo añadiría que las emisiones de sustancias nocivas que inciden directamente sobre los recurrentes afectan a su derecho al respeto a sus vidas privadas y familiares y, por tanto, consideró aplicable las garantías del artículo 8 del Convenio<sup>3</sup>. Algo más tarde, en un caso relativo a una disputa sobre la propiedad de un inmueble, el Tribunal amparó, con base en el artículo 8, a un propietario que sufrió distintas trabas en el uso y disfrute de su vivienda, incluyendo las molestias producidas porque terceros vertieron diversos carros de estiércol en el patio de su casa (delante de su puerta y bajo las ventanas). El Tribunal consideró que estas molestias y dificultades en el uso y disfrute de su propiedad constituyeron injerencias repetidas en el ejercicio de su derecho al respeto a su domicilio y, por tanto, concluyó que resultaba de aplicación la garantía del artículo 8<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Recurso núm. 16798/90, *López Ostra vs. Spain*, STEDH (Sala) 9 diciembre 1994, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>>, párrafo 51. La literatura sobre este caso es abundante. Sin ánimo de exhaustividad, *vide* HERINGA, A. W., «Private Life and the Protection of the Environment, *López-Ostra v. Spain*», *Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 2/2, 1995, pp. 196-204; VELASCO CABALLERO, F., «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia del TEDH en el caso López Ostra contra España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 305-324; LOZANO CUTANDA, B., «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista española de derecho europeo*, núm. 1, 2002, pp. 175-205; CASINO RUBIO, M., «López Ostra C. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): la contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar», ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 419-442.

<sup>3</sup> Recurso núm. 14967/89 (116/1996/735/932), *Guerra y otros vs. Italy*, STEDH (Gran Sala) 19 febrero 1998, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>>, especialmente, párrafo 57. Sobre esta sentencia, *vide* GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Comentario a la sentencia de 19 de febrero de 1998 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Guerra y otros contra Italia», *La Toga*, núm. 108, 1999, pp. 7-12.

<sup>4</sup> Recurso núm. 48995/99, *Surugiu vs. Roumanie*, STEDH (sección 2ª) 20 abril 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66272>>, párrafos 50-69.

El artículo 8 pretende esencialmente proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, pero la jurisprudencia demuestra que puede también implicar la adopción de medidas tendentes al respeto de esos derechos garantizados por la disposición convencional en las relaciones horizontales, es decir, entre individuos<sup>5</sup>. Como ha recordado el TEDH, «[t]anto si se aborda el asunto bajo el ángulo de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que los demandantes derivados del párrafo 1 del artículo 8, como si se hace bajo la injerencia de una autoridad pública a justificar de acuerdo con del párrafo 2, los principios aplicables son bastante próximos. En ambos casos, se debe tener en consideración el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto. Además, hasta para las obligaciones positivas resultantes del párrafo 1, los objetivos enumerados en el párrafo 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre la posibilidad de que los derechos fundamentales (y éste sería un ejemplo) se apliquen en las relaciones entre particulares, la doctrina alemana, especialmente, ha desarrollado la interesante teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* o, más comúnmente conocida como *Drittwirkung*. Sobre esta cuestión, *vide* LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1960; RÜFNER, W., «Drittwirkung der Grundrechte - Versuch einer Bilanz», SELMER, P., VON MÜNCH, I. (eds.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 215-230; STARCK, C., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 65-90; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004. Sobre la teoría de la *Drittwirkung* en el sistema del CEDH *vide*, en general, JACOBS, F. G., WHITE, R. C. A., OVEY, C., *Jacobs and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006, pp. 51-52 y, para un estudio más exhaustivo, *vide* CLAPHAM, A., *Human Rights in Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford 1993.

<sup>6</sup> Recurso núm. 4143/02, *Moreno Gómez vs. Spain*, STEDH (sección 4ª) 16 noviembre 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67478>>, párrafo 56. Sobre este caso, *vide* CACHO SÁNCHEZ, Y., «La tutela del derecho al respeto del domicilio frente al ruido en sede del TEDH: Comentario al asunto Moreno Gómez c. España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, 2005; TUR AUSINA, R., «Contaminación acústica, derechos fundamentales y calidad de vida medioambiental: STEDH Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 4, 2004,



Es decir, el Tribunal abre la puerta a que los ciudadanos puedan alegar directamente «el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» (artículo 8.1) más allá de las injerencias directamente causadas por el poder público (que son las mencionadas en el artículo 8.2), incluyendo en el ámbito de protección supuestos en los que el poder público no ha regulado correctamente algún tipo de actividad, de lo que se ha podido derivar una injerencia producida por un particular sobre otro<sup>7</sup>. Esto es una consecuencia lógica de un principio que el Tribunal repite cada vez que tiene ocasión y es que la Convención está destinada a proteger derechos concretos y efectivos y no teóricos e ilusorios<sup>8</sup>.

Después del caso *López Ostra* y algún que otro coletazo, la aplicación del artículo 8 a situaciones en las que la paz y la tranquilidad del hogar se veían afectadas atravesó un cierto parón. En el ámbito nacional, el legislador constitucional francés, por ejemplo, añadió la famosa “Carta del Medio ambiente” (cuyo artículo 1 se refería a este particular). En España, la asunción por parte del Tribunal Constitucional de esta jurisprudencia pareció quedar circunscrita inicialmente a los casos en los que a los ruidos se añadían elementos de insalubridad como humos o sustancias (aunque esto cambiaría posteriormente, *vide infra*)<sup>9</sup>.

---

pp. 157-176; TIETZMANN-SILVA, J. A., «Bruit - Tapage nocturne. Violation de l'article 8 (droit au respect du domicile et de la vie privée) de la CEDH. CEDH, 16 novembre 2004 Moreno Gómez c/ Espagne, req. 4143/02. Commentaire», *Revue européenne de droit de l'environnement*, núm.10/3, 2006, pp. 319-322.

<sup>7</sup> Véase en este sentido el recurso núm. 36022/97, *Hatton and others vs. The United Kingdom*, STEDH (Gran Sala) 8 julio 2003, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>>, párrafo 98. MARSAL FERRET, M., «Una constitución en evolución: control de los poderes públicos y protección de los derechos humanos en el Reino Unido. A propósito de la sentencia del TEDH *Hatton and Others vs UK*», MONTORO CHINER, M. J.; ENTRENA CUESTA, R. (Coords.), *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 135-170.

<sup>8</sup> Recurso núm. 4143/02, *Moreno Gómez vs. Spain*, op. cit., párrafo 57.

<sup>9</sup> Entre nosotros quien más en profundidad ha estudiado esta cuestión es sin duda el profesor Fernando Simón. Así, *vide* SIMÓN YARZA, F., «La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 63, 2010, pp. 87-110; SIMÓN YARZA, F., «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista espa-*

La cuestión medioambiental, sin embargo, recuperó su actualidad normativa en la Unión, particularmente desde la aprobación del Tratado de Ámsterdam en 1999, que establecería la obligación de integrar la protección medioambiental en todas las políticas sectoriales de la Unión con la finalidad de promover el desarrollo sostenible. Además, la aprobación de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad ambiental y los artículos 11 y 191-193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que facultaron a la Unión para actuar en todos los ámbitos de la política de medio ambiente, incluyendo lo que afecte a la contaminación del aire y el agua, la gestión de los residuos y el cambio climático volvieron, en parte, a poner sobre la mesa de las autoridades la necesidad de actuar en estos ámbitos<sup>10</sup>. Sea una coincidencia en el tiempo, o la consecuencia de influencias recíprocas entre el Derecho de la UE y el guardián del Convenio, lo cierto es que tras un período de poca actividad en lo que se podría denominar la construcción de un derecho a la paz medioambiental, una ciudadana residente en un barrio valenciano con la calificación de “saturación acústica” devolvió a la actualidad esta situación con la intervención del TEDH en el caso *Moreno Gómez* contra España de finales de 2004<sup>11</sup>.

Por lo demás, el TEDH se ha ido mostrando permeable también a principios incluidos en otros instrumentos internacionales distintos del CEDH. Así, la Alta Instancia ha reinterpretado algunas de sus disposiciones (como el artículo 10, derecho a la libertad de expre-

---

*ñola de derecho constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 153-179; SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC – Tribunal Constitucional, Madrid, 2012.

<sup>10</sup> Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, *Diario Oficial* L 143, 30 abril 2004, p. 56/75. Sobre la aparición de una suerte de Derecho medioambiental y su finalidad en la UE, *vide* LEE, M., *EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-Making*, Hart, Oxford, 2005; LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ FONS, J. A., «The General System of EU Environmental Law Enforcement», *Yearbook of European Law*, Vol. 30/1, 2011, pp. 3-41; LEE, M., *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making*, Hart, Oxford, 2014.

<sup>11</sup> Para un análisis pormenorizado de esta jurisprudencia medioambiental del TEDH, *vide* SUDRE, F. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e éd., PUF, Paris, 2007, pp. 479-487.

sión, que incluye el recibir información) incluyendo aspectos reconocidos en la Convención de Aarhus de 1998, también conocida como la *Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales* de 1998<sup>12</sup>. Pues bien, aunque el contenido de la Convención de Aarhus es en realidad estrictamente procesal, limitado a la participación pública en la toma de decisiones medioambientales y al acceso a la justicia y la información, el Tribunal de Estrasburgo ha ido utilizándolo como fuente de inspiración en algunos casos para ir configurando los derechos de tipo procedimental que reconoce en materia medioambiental<sup>13</sup>.

### 3. LA RECONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO: ¿DERECHO LÍQUIDO O COMODÍN?

El caso *Moreno Gómez* supuso un hito importante en la construcción de un derecho a la paz medioambiental en el hogar en tanto que el Tribunal de Estrasburgo constataría una violación del artículo 8 del Convenio y reconoció que «el individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar con toda tranquilidad de dicho espacio». Así, el Alto Tribunal precisaría que las vulneraciones de este derecho «no son solamente las de índole material o corporal, tales como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada,

---

<sup>12</sup> La versión en castellano está disponible en <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf>>

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión, infra se analizarán los casos *Taşkin and others v. Turkey* (2004), *Okçay and others v. Turkey* (2005) y *Tătar c. Roumanie* (2009), donde el TEDH menciona expresamente la Convención de Aarhus de 1998. Igualmente, vide BOYLE, A., «Human Rights and the Environment: Where Next?», BOER, B. (Ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford University Press, 2015, pp. 212-219 (201-239) quien defiende que el Tribunal ya incluyó los derechos reconocidos en la Convención de Aarhus en los casos *López Ostra vs. Spain* (1994) y *Guerra vs. Italy* (1998), aunque no citara el instrumento internacional.

sino también las agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores u otras injerencias»<sup>14</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido, en efecto, el encargado de ir perfilando esta suerte de derecho al disfrute de un (medio)ambiente pacífico, sano y limpio. Comenzó con su jurisprudencia relativa a los molestias que causaban los ruidos que se producen en torno a los aeropuertos (casos *Arrondelle* de 1980, *Baggs* de 1985 o *Powell y Rayner* de 1990), siguió con la relativa al efecto horizontal o entre particulares de este mismo artículo 8 que declaró en el famoso caso *López Ostra* en 1994 y continuaría con la decisión relativa al caso *Moreno Gómez* diez años más tarde<sup>15</sup>.

El derecho al respeto a la vida privada y familiar fue reconfigurado por primera vez en el caso *Guerra contra Italia* de 1998<sup>16</sup>. En efecto, en este caso el TEDH utilizó el artículo 8 (respeto al domicilio) para reconducir una queja que un grupo de mujeres le había planteado al amparo del artículo 10 (que incluye la libertad de expresión y el derecho a recibir información veraz) a propósito de la información hecha pública por la administración en torno al caso de la contaminación y los efectos que producían en ellas y sus familias la actividad de una fábrica química cercana que trabajaba con compuestos calificados como peligrosos, cuya polución repercutía especialmente en su lugar de residencia por la configuración geográfica del terreno y que ya había tenido algún accidente en el pasado liberando componentes altamente tóxicos. Probablemente preocupada por arrogarse una difícilmente asumible competencia general para controlar la actividad informativa de las administraciones (particularmente en temas

---

<sup>14</sup> Recurso núm. 4143/02, *Moreno Gómez vs. Spain*, op. cit., párrafo 53.

<sup>15</sup> Recurso núm. 7889/77, *E. A. Arrondelle vs. The United Kingdom*, Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 15 julio 1980, *Decisions and Reports*, Vol. 19, pp. 186-212; recurso núm. 9310/81, *F. W. Baggs vs. The United Kingdom*, Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 16 octubre, 1985 *Decisions and Reports*, Vol. 44, pp. 13-30; recurso núm. 9310/81, *Powell and Rayner vs. The United Kingdom*, STEDH (Sala) 21 febrero 1990, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57622>>. Sobre esta jurisprudencia, vide ACEVEDO, M. T., «The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights», *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 8/2, 2000, pp. 437-495.

<sup>16</sup> Recurso núm. 116/1996/735/932, *Guerra y otros vs. Italy*, op. cit.

medioambientales), el Tribunal decidió analizar el caso al amparo de otra disposición convencional, el artículo 8, y recondujo la negligencia y falta de recopilación de información esencial por parte de las administraciones a una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar<sup>17</sup>.

El componente medioambiental del artículo 8 sería igualmente reforzado posteriormente en un caso relativo a las consecuencias a largo plazo que tuvieron los ensayos nucleares británicos en el atolón de *Kiritimati* (también llamada “*Christmas*”, isla del Pacífico perteneciente a Kiribati). Así, en el caso *McGinley y Egan*, el Tribunal de Estrasburgo añadiría, como parte de las garantías incluidas en el artículo 8, la obligación de la puesta en práctica de un procedimiento de comunicación del conjunto de las informaciones pertinentes y apropiadas que afecten a la evolución de la salud de las personas que hayan participado en actividades peligrosas llevadas a cabo por un gobierno<sup>18</sup>.

Otra de las clásicas situaciones que han acabado siendo amparadas por el Tribunal de Estrasburgo a través del artículo 8 es el de la contaminación acústica que se genera con motivo del tráfico aéreo y la cercanía de los aeropuertos a zonas residenciales. En estos casos, el TEDH extiende la protección del derecho al respeto al domicilio hasta convertirlo en un elemento de garantía del propio medio ambiente. Así, en el caso *Hatton contra el Reino Unido*, una sala (sección tercera) del TEDH llegó a establecer una obligación positiva reforzada de los Estados consistente en analizar con la mayor precisión posible el beneficio económico que aportaban los vuelos nocturnos (de los que se quejaban los recurrentes) y su impacto real sobre el descanso de

---

<sup>17</sup> *Ibidem*. Sobre esta cuestión, *vide* el trabajo ELEFTHERIADIS, P., «The Future of Environmental Rights in the European Union», ALSTON, P. (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 529-549.

<sup>18</sup> Recursos núm. 21825/93 y 23414/94, *McGinley and Egan vs. The United Kingdom*, STEDH (sección 1ª) 9 junio 1998, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58175>>. Esta cuestión resultó particularmente polémica en el Reino Unido, *vide* BAGGS, A. C., «UK in hot judgmental seat over Cold War veterans», *The Lancet*, Vol. 349, 1997, p. 410. Sobre esta cuestión, ya desde un plano eminentemente jurídico, *vide* MAROCHINI, M., «Council of Europe and the Right to a Healthy Environment», *Dignitas – Slovenian Journal of Human Rights*, Vol. 59/60, 2018, pp. 123-164.

los afectados<sup>19</sup>. La sentencia de la Sala contiene una pormenorizada recopilación de informes de distintas autoridades valorando el coste que suponían las restricciones actuales ya tenían un impacto negativo de hasta 850 millones libras en el período 1997/2003<sup>20</sup>. Aun así, la Sala haría prevalecer el derecho al descanso de los afectados, a través de la protección frente a la contaminación acústica, argumentando que aunque los Estados tienen un amplio margen de apreciación en los casos como éste (en los que un alto nivel de protección de un derecho podría entrar en colisión con el desarrollo económico de todo un país), sin embargo, no basta con que el Estado en cuestión argumente que trata de proteger los intereses generales de la mayoría (a través del «bienestar económico del país»), sino que «se requiere de los Estados que minimicen, todo lo posible, las interferencias con estos derechos, tratando de encontrar soluciones alternativas y buscando alcanzar sus objetivos de la menos onerosa forma posible en relación con los derechos humanos». De esta manera, para lograr este fin es necesario acometer previamente «una investigación y un estudio adecuados y completos con el objetivo de encontrar la mejor solución posible que, en realidad, logre el equilibrio correcto»<sup>21</sup>.

Posteriormente, y mientras se sustanciaba el recurso presentado por el Reino Unido a esa primera decisión en *Hatton*, el Tribunal de Estrasburgo advertiría que ninguna disposición del Convenio preveía específicamente la obligación de dispensar una protección general y objetiva al medio ambiente, con lo que falló en contra de unas reclamaciones que se plantearon frente a las molestias ocasionadas por unas obras urbanas que se desarrollaron ilegalmente en una reserva natural y que, según los recurrentes, afectaría a su derecho al respeto de la vida privada<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Recurso núm. 36022/97, *Hatton and others vs. The United Kingdom*, STEDH (sección 3ª) 2 octubre 2001, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-59686>>.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafos 32-65, particularmente, párrafo 46.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 97.

<sup>22</sup> Recurso núm. 41666/98, *Kyrtatos vs. Greece*, STEDH (sección 1ª) 22 mayo 2003, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61099>>. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las Sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de

Esta sentencia, *Kyrtatos*, junto con la considerable reducción del margen de apreciación de los Estados que realizó la primera decisión en *Hatton*, que añadía, además, una serie de obligaciones de tipo administrativo ciertamente importantes, facilitó que el Pleno acordase el recurso presentado por el Reino Unido y que, al revisar la sentencia del caso *Hatton*, la Gran Sala redujese considerablemente todas las innovaciones que la sección tercera había realizado y, aunque, se declaró que no hubo violación del artículo 8, sí que se mantuvo la violación del artículo 13 y, con ello, una serie de indemnizaciones para los recurrentes<sup>23</sup>. La Gran Sala vino a establecer que no procedía limitar tanto el margen de apreciación del Estado en esta materia, otorgando, por tanto validez a la excepción del «bienestar económico del país» como causa que permite una injerencia del poder público en esta nueva materia de los derechos humanos medioambientales<sup>24</sup>.

#### 4. LA INCLUSIÓN DE OTRAS DISPOSICIONES CONVENCIONALES EN EL NUEVO DERECHO EN CONSTRUCCIÓN

Como se ha visto, el derecho al respeto del domicilio ha sido utilizado por la jurisprudencia europea para proteger situaciones de lo más variado, relacionando medio ambiente, salud e intimidad en sentido amplio. Parecería que este derecho se ha configurado como una suerte de cláusula o principio de carácter general que el TEDH ha ido redefiniendo en cada caso para amparar situaciones de injusticia material que creía dignas de tal amparo. Tal es así, que algún autor ha incluso propuesto establecer un nuevo protocolo anejo a la Convención en el que se añada el derecho al disfrute de un medio ambiente limpio y en calma<sup>25</sup>.

---

Derechos Humanos “*Kyrtatos c. Grecia*”, de 22 de mayo de 2003)», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 119-148.

<sup>23</sup> Recurso núm. 36022/97, *Hatton and others vs. The United Kingdom*, STEDH (Gran Sala) 8 julio 2003, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>>.

<sup>24</sup> En este sentido, *vide* SUDRE, F. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 483.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 484.

En todo caso, tras algunas sentencias que parecían reconfigurar “al alza” el derecho al medio ambiente (como la primera resolución sobre el caso *Hatton*), lo cierto es que el caso *Moreno Gómez* ha servido para clarificar algunas cuestiones e incluir algunos elementos propios del derecho al medio ambiente a través del derecho al respeto al domicilio, volviendo a los postulados ya establecidos en la célebre sentencia *López Ostra*. Es decir, el derecho al respeto al domicilio tiene un aspecto procedimental y un aspecto sustantivo que merece la pena analizar<sup>26</sup>.

Esta perspectiva procedimental del artículo 8 del CEDH ha ido ganando fuerza a través de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en estos casos de naturaleza medioambiental. Así, aunque el artículo 6.1 (derecho a un proceso equitativo) haya permitido algún amparo en casos en los que los ordenamientos nacionales no permitieron a los afectados plantear un recurso frente a autorizaciones administrativas dadas a empresas que generaban un cierto nivel de contaminación, lo cierto es que esta vía (el empleo del artículo 6 en cuestiones medioambientales) ha sido tradicionalmente descartada por el TEDH<sup>27</sup>. No obstante, en algún otro caso, el Tribunal de Estrasburgo acabó provocando el cese de actividades de centrales térmicas basándose en

---

<sup>26</sup> Vide, entre otras, las decisiones en el recurso núm. 55723/00, *Fadeyeva v. Rusia*, STEDH (sección 1ª) 9 junio 2005, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69315>>, párrafos 68-70; recurso núm. 46117/99, *Taşkin and others vs. Turkey*, STEDH (sección 3ª) 10 noviembre 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67401>>. Sobre esta jurisprudencia, vide WEST, S. P.; SCHULTZ, L., «Learning for resilience in the European Court of Human Rights: adjudication as an adaptive governance practice», *Ecology and Society*, Vol. 20/1, 2015, pp. 31-41.

<sup>27</sup> Recurso núm. 22110/93 (67\1996\686\876), *Balmer-Schafroth and others vs. Switzerland*, STEDH (Gran Sala) 26 agosto 1997, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58084>>, párrafos 30-40; recurso núm. 27644/95, *Athanassoglou and others vs. Suiza*, STEDH (Gran Sala) 6 abril 2000, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58560>>, párrafos 42-55 o el recurso núm. 62543/00, *Gorraiz Lizarraga and others vs. Spain (Coordinadora de Itoiz)* STEDH (sección 4ª) 27 abril 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61731>>, párrafos 55-61. Para un comentario, vide VERSCHUUREN, J., «Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to sustainable development in Europe», SCHOLTZ, W., VERSCHUUREN J. (Eds.), *Regional Environmental Law: Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, pp. 363-385.



el artículo 6 y condenando al Estado por no garantizar la ejecución de decisiones de tribunales administrativos que daban la razón a los recurrentes<sup>28</sup>.

Por otro lado, hay que recordar que el caso *Hatton*, cuya primera decisión admitió el uso del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) para atacar directamente la regulación efectuada por un Estado en materia medioambiental. La decisión final de la Gran Sala no anuló expresamente este desarrollo y enfatizó la importancia que para el Tribunal tendrían en materia medioambiental la actitud de las autoridades nacionales en cuanto a la configuración de procesos de decisión justos y transparentes en los que se respete el derecho de los ciudadanos a la información, a la participación y a los recursos. En este sentido, la Alta Instancia de Estrasburgo ha dado especial importancia al requisito nacional de los estudios de impacto ambiental en los casos de actividades con riesgo para el medio. En este sentido, el contenido esencial de esta obligación (la elaboración del estudio en cuestión) tiene que ver con la obligación del Estado de informar convenientemente y permitir la participación efectiva de los ciudadanos afectados en las decisiones finales sobre estas actividades<sup>29</sup>.

Esta tendencia del TEDH de enfatizar la importancia de los estudios de impacto ambiental puede verse también en la sentencia del caso *Hardy and Maile* en el que el Tribunal refuerza la importancia de este

---

<sup>28</sup> Recurso núm. 36220/97, *Okay and others vs. Turkey*, STEDH (sección 2ª) 12 julio 2005, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69672>>, párrafos 70-75. Esta jurisprudencia es ciertamente excepcional y a la luz de recientes decisiones parece superada. Así, *vide* el recurso núm. 12853/03, *Ivan Atanasov v. Bulgaria*, STEDH (sección 5ª) 2 diciembre 2010, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101958>>, párrafos 89-96.

<sup>29</sup> Recurso 67021/01, *Tătar c. Roumanie*, STEDH (sección 3ª) 27 enero 2009, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90909>>, párrafos 85-125. Sobre esta cuestión, *vide* SHELTON, D., «Tătar c. Roumanie. European Court of Human Rights decision on protections against environmental harms and on proof of causation and damages», *American Journal of International Law*, Vol. 104/2, 2010, pp. 247-253, especialmente, p. 252; POMADE, A., «Recherche de causalité entre les risques invisibles et la santé humaine: convergences entre les jurisprudences française et européenne. (CEDH 27 janvier 2009, Tătar c/ Roumanie, no 67021/01)», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 46/2, 2010, pp. 333-345; BRAIG, K. F., «The European Court of Human Rights and the right to clean water and sanitation», *Water Policy*, Vol. 20/2, 2018, pp. 282-307.

requisito llevando a cabo un riguroso análisis de todo el proceso en el ámbito nacional, incluyendo las autoridades que intervinieron, los informes que produjeron y la posibilidad de los afectados de que su punto de vista fuera tenido en cuenta<sup>30</sup>. Esta jurisprudencia en la que el Tribunal de Estrasburgo pone tanto énfasis en el aspecto procedimental de los casos de naturaleza medioambiental daría la impresión de que prácticamente rechaza analizar estos casos desde el punto de vista material. En este sentido, como la doctrina ha recordado «la procedimentalización de los casos medioambientales no sería más que una astuta maniobra establecida por el Tribunal para evitar un control pleno de decisiones nacionales controvertidas sobre aspectos medioambientales». Desde este punto de vista, una vez que se comprueba que en el ámbito nacional se desarrolló un proceso participativo y transparente, carecería de relevancia para el Tribunal el fondo de la decisión nacional, con lo que el control se centraría en el aspecto procesal<sup>31</sup>.

Ya lo advirtió el propio Tribunal en el caso *Fadeyeva*, cuando aseveró que su competencia para controlar los aspectos sustantivos de la actuación de un Estado en casos de relevancia medioambiental es excepcional y esencialmente limitada a comprobar «errores manifiestos de apreciación a la hora de ponderar un equilibrio justo entre los intereses en conflicto de diferentes actores privados en este ámbito». Así, «el Tribunal examinar en primer lugar si el proceso de toma de decisiones fue justo y suficiente como para garantizar el debido respeto a los intereses que el artículo 8 pretende salvaguardar a los individuos y sólo en circunstancias excepcionales puede el Tribunal ir más allá de esta línea y controlar las conclusiones materiales de las autoridades nacionales»<sup>32</sup>.

Desde un punto de vista material, el derecho a la propiedad consagrado en el protocolo adicional al CEDH (artículo 1, P-1) ha permiti-

---

<sup>30</sup> Recurso núm. 31965/07, *Hardy and Maile v. United Kingdom*, STEDH (sección 4ª) 14 febrero 2012, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109072>>, especialmente, párrafos 230-231. PEDERSEN, O. W., «Environmental Risks, Rights and Black Swans», *Environmental Law Review*, Vol. 15/1, 2013, pp. 55-62.

<sup>31</sup> PAVONI, R., «Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparative Insights», BOER, B. (Ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford University Press, 2015, pp. 84-85 (69-106).

<sup>32</sup> Recurso núm. 55723/00, *Fadeyeva v. Russia*, op. cit., párrafo 105.

do al Tribunal de Estrasburgo reafirmar que la protección del medio ambiente constituye un objetivo legítimo conforme al interés general susceptible de justificar una reglamentación del uso de bienes<sup>33</sup>. Igualmente, el artículo 10 del CEDH (libertad de expresión, que incluye recibir informaciones) ha sido empleado por el Tribunal para extender el estatuto privilegiado de que gozaba históricamente la prensa en una sociedad democrática a las asociaciones de protección del medio ambiente y a los propios militantes ecologistas<sup>34</sup>.

En todo caso, parece que el artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) es el que parece tener por delante cierto recorrido en la materia. En una decisión ya antigua, el Tribunal estableció que la primera frase de esta disposición, que establece esencialmente el derecho a la vida, «ordena al Estado no solo a abstenerse de provocar la muerte intencional e ilegal, sino también a tomar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de quienes están dentro de su jurisdicción»<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Recurso núm. 12033/86, *Fredin v. Sweden* (No. 1), STEDH (Sala) 18 febrero 1991, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57651>>, párrafos 51-56 y recurso núm. 12742/87, *Pine Valley Developments and others v. Ireland*, STEDH (Sala) 29 noviembre 1991, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57711>>, párrafos 57-60. GARCÍA SAN JOSÉ, D., «El derecho a la información medioambiental en el sistema europeo de protección de derechos humanos: más nueces que ruido», VV AA, *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Fundación Coso, Valencia, 2004, pp. 145-160; PLOEGER, H. D.; GROETELAERS, D. A., «The Importance of the Fundamental Right to Property for the Practice of Planning: An Introduction to the Case Law of the European Court of Human Rights on Article 1, Protocol 1», *European Planning Studies*, Vol. 15/10, 2007, pp. 1423-1438.

<sup>34</sup> Recurso núm. 57829/00, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, STEDH (sección 1ª) 27 mayo 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66349>> (reconoce el derecho a asociaciones) y recurso núm. 68416/01, *Steel and Morris v. The United Kingdom*, STEDH (sección 4ª) 15 febrero 2005, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68224>> (lo extiende a los militantes en general). WINISDOERFFER, Y., «Cour européenne des droits de l'homme, 27 mai 2004, arrêt Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie / 15 février 2005, arrêt Steel et Morris c. Royaume-Uni», *Revue juridique de l'Environnement*, Vol. 2, 2005, pp. 163-166. Igualmente, *vide* el recurso núm. 12697/03, *Mamère v. France*, STEDH (sección 2ª) 7 noviembre 2006, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77843>>.

<sup>35</sup> Recurso núm. 23413/94 (14/1997/798/1001), *LCB vs. The United Kingdom*, STEDH (Sala) 9 junio 1998, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58176>>, párrafo 36. MARGUÉNAUD, J.-P., «Essais nucléaires britan-

En este primer caso (*LCB vs. Reino Unido*), el Tribunal no observó un incumplimiento de esta obligación positiva, en tanto que no se pudo demostrar la relación de causalidad entre la exposición del padre a elementos radioactivos (mientras participaba en pruebas del ejército en el atolón de *Kirimati*) y la leucemia que padecía la hija que concebiría posteriormente. Sin embargo, años más tarde, el Tribunal reconocería una violación del artículo 2 ante la ausencia del cumplimiento de la obligación positiva de adoptar medidas preventivas de protección del medio ambiente<sup>36</sup>.

Este último caso (*Öneryıldız*) fue recurrido ante la Gran Sala, que siguió la argumentación de su decisión final en el caso *Hatton*. La segunda decisión sobre el caso *Öneryıldız*, sin embargo, reforzaría el efecto vertical del Convenio, es decir, aumenta su control sobre las obligaciones de los poderes públicos a la hora de garantizar la vida de las personas en asuntos con un componente medioambiental, además de reconocer el amparo también con base en el derecho a la propiedad (artículo 1, protocolo 1)<sup>37</sup>. Concretamente, el Tribunal apostilló que «la obligación positiva de tomar todas las medidas adecuadas para salvaguardar la vida a los efectos del Artículo 2 implica, ante todo, el deber primordial del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo diseñado para proporcionar una disuasión efectiva con-

---

niques, droit à la vie et santé des personnes», *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, Vol. 3-1, 1999, pp. 44-48.

<sup>36</sup> Recurso núm. 48939/99, *Öneryıldız v. Turkey*, STEDH (Sala) 18 junio 2002, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60510>>, especialmente, párrafos 87-88. MARGUÉNAUD, J. P., «Observations sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Öneryıldız c/ Turquie* du 18 juin 2002», *Revue européenne de droit de l'environnement*, núm. 1, 2003, pp. 67-76.

<sup>37</sup> Recurso núm. 48939/99, *Öneryıldız v. Turkey*, STEDH (Gran Sala) 30 noviembre 2004, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614>>, especialmente, párrafos 89-96. Sobre el amparo frente a la violación del derecho a la propiedad, *vide* BARCELONA LLOP, J., «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de administración pública*, núm. 185, 2011, pp. 49-87; GORDILLO PÉREZ, L. I., «La europeización de la responsabilidad patrimonial del Estado: las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos en casos de privación de la propiedad», PRATS ALBENTOSA, L.; TOMÁS MARTÍNEZ, G. (Coords.), *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 423-445.

tra las amenazas al derecho a la vida»<sup>38</sup>. El Tribunal sostendría que esta obligación cubría la concesión de licencias, el establecimiento, la operación, la seguridad y la supervisión de actividades peligrosas y exigió a todos los interesados que tomaran «medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de los ciudadanos cuyas vidas podrían estar en peligro por los riesgos inherentes»<sup>39</sup>.

En síntesis, después de una evolución no exenta de vaivenes, el Tribunal pareció resolver el papel del artículo 2 (derecho a la vida) y del artículo 8 (derecho al respecto del domicilio) en su papel auto atribuido de defensor del medio ambiente: recurrirá al artículo 2 en los casos en los que los aspectos verticales (el papel del Estado) sean predominantes y empleará el artículo 8 a las situaciones en las que se vea más claramente una relación horizontal (entre particulares)<sup>40</sup>.

## 5. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN EL ÁMBITO NACIONAL

Como se ha ido avanzando, la recepción de esta jurisprudencia por parte de los tribunales españoles, y particularmente del Tribunal Constitucional, ha sido relativamente pacífica, con alguna resistencia a la hora de adaptar su estricta diferenciación en cuanto a cuestiones de legalidad y de índole constitucional, que la doctrina más autorizada ha explicado con claridad<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Recurso núm. 48939/99, *Öneryıldız v. Turkey*, STEDH (Gran Sala), op. cit., párrafo 89.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrafo 90.

<sup>40</sup> SUDRE, F. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 486.

<sup>41</sup> Así, quizá quien con más claridad ha analizado estas específicas cuestiones (particularmente, las atinentes al ruido), ha sido el profesor Francisco Javier Matia Portilla. En este sentido, puede verse desde la versión adaptada de su tesis doctoral, MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 39-41; MATIA PORTILLA, F. J., «Legislador, derechos fundamentales y proceso (Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 245-275; MATIA PORTILLA, F. J., «Le droit à la protection de l'intimité», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, núm. 18, 2002, pp. 394-432; MATIA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los

La evolución de esta doctrina constitucional ha sido pues convenientemente analizada y dividida en tres grandes etapas: una primera desde 1978 hasta 1994 (caso *López Ostra* ante el TEDH), una segunda de relativa calma en la que se asume esta jurisprudencia europea y una tercera (en la que de la contaminación del medio, se pasa a la “contaminación acústica” que acaba afectando a la salud) presidida por la sentencia que deniega el amparo a la Sra. Moreno Gómez (STC 119/2001) que lograría, sin embargo, que el TEDH condenara al Reino de España (caso *Moreno Gómez* ante el TEDH)<sup>42</sup>. En esta misma etapa cabría incluir la STC 150/2011 en el que el Sr. Cuenca Zarzoso plantea una demanda prácticamente idéntica a la de la Sra. Moreno Gómez. El Tribunal Constitucional la desestimó la demanda, aunque contó con un voto concurrente y uno discrepante (al que se adhirieron otros dos magistrados más). Finalmente, tal y como advirtió documentadamente la doctrina, el Tribunal de Estrasburgo volvería a condenar a España<sup>43</sup>.

El Tribunal Constitucional denegó al Sr. Cuenca Zarzoso el amparo, curiosamente, no tanto estableciendo límites al artículo 10.2 de la Constitución a la hora de interpretar los derechos fundamentales (especialmente el 15.1, 18.1 y 18.2), como señalaba el voto particular concordante del magistrado D. Manuel Aragón Reyes, sino centrándose en aspecto más formales o procedimentales. Así, se menciona en la sentencia (FJ 6) la prueba pericial, que no quedó

---

límites del artículo 10.2 CE», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 355-377. Igualmente, *vide* CASINO RUBIO, M., «López Ostra C. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): la contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar», *op. cit.* y DELGADO RINCÓN, L. E., «El derecho a la intimidad domiciliaria frente a la contaminación acústica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la STS, de 3 de abril de 2017, último episodio en la compleja ejecución de la STS, de 13 de octubre de 2008, en el caso Barajas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017.

<sup>42</sup> *Vide*, el excelente análisis sobre la materia en MATIA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *op. cit.*

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 372-374 que el autor titula gráficamente: «El Pleno se separa de la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una nueva condena a la vista». La condena vendría en la decisión sobre el recurso núm. 23383/12, *Cuenca Zarzoso v. Spain*, STEDH (sección 3ª) 16 enero 2018, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180296>> párrafos 48-54.

acreditado que el ruido presente fuera insoportable. Esto último es particularmente llamativo, ya que el recurrente residía en un área calificada como “Zona Acústicamente Saturada” (ZAS) por el propio ayuntamiento. También se mencionan actuaciones emprendidas por la Administración para intentar atajar el problema. El voto discrepante, esencialmente, argumenta que debió concederse el amparo por dos razones: primera, porque no debe resultar exigible que el recurrente tenga que demostrar el nivel de ruido que padece cuando existen indicios más que objetivos (entre ellos, que la zona esté calificada como ZAS); y segunda porque la actuación de la Administración no impide la lesión en el derecho si ésta resulta «insuficiente o ineficaz».

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acabaría condenando a España básicamente por las dos razones que mencionara el voto particular. Así, por una parte, la instancia de Estrasburgo, tras recordar que se trataba de un caso sustancialmente idéntico al de *Moreno Gómez*, considera que «sería excesivamente formalista en el presente asunto requerir al demandante aportar pruebas respecto al ruido sufrido en su piso, ya que las autoridades municipales habían designado el barrio de residencia del demandante como zona acústicamente saturada». Además, prosigue el Tribunal, aunque es cierto que el «Ayuntamiento tomó diversas medidas para resolver el problema de contaminación acústica en la zona de residencia del demandante (...) [tales como] la Ordenanza, la declaración del barrio como zona acústicamente saturada y, respecto al demandante, la orden dirigida al pub situado en la planta baja de su edificio de instalar un limitador de ruido (...), dichas medidas fueron insuficientes en este caso concreto». En efecto, el Tribunal recupera su argumentación relativa a las obligaciones positivas cuando añade que «la normativa para proteger los derechos garantizados sirve de poco si no se ejecutan apropiadamente y el Tribunal insiste en que el Convenio trata de proteger derechos efectivos, no teóricos». Es decir, «que la existencia de un procedimiento sancionador no es suficiente si no se aplica de una manera eficaz y oportuna (...). En este asunto, no pueden considerarse suficientes las medidas respecto a la reducción en el número de veces en que los niveles legales de decibelios descendieron diariamente y las sanciones administrativas impuestas por el Ayuntamiento. Los hechos demuestran que el demandante su-

frió una grave violación de su derecho a respetar el domicilio como resultado de la inactividad por parte de las autoridades en resolver el problema de las molestias nocturnas»<sup>44</sup>.

Hay, en mi opinión, dos cuestiones importantes que suscita este último caso. La primera tiene que ver con la existencia o no de un derecho fundamental al silencio que haya aparecido en nuestro ordenamiento como consecuencia de la apertura que establece el artículo 10.2. La otra tiene que ver con la cuestión relativa a si tiene que ser el Tribunal Constitucional el que acabe dictaminando que hay que indemnizar a un ciudadano por los gastos en que ha tenido que incurrir para insonorizar su domicilio.

Sobre este segundo aspecto cabría concluir que no parece que el TC tenga que convertirse en una suerte de tribunal ordinario que analice cuestiones más próximas a la responsabilidad civil. En todo caso, si la Administración no funciona adecuadamente (como demostró el caso, en tanto que había medidas para atajar el problema pero no se llegaron a ejecutar correctamente), sí que parece que los tribunales, y en última instancia, el TC por la vía de amparo acaben interviniendo ante el incumplimiento flagrante de las obligaciones de la Administración para con los ciudadanos<sup>45</sup>. Por lo demás, el Tribunal debería tener muy en cuenta que los derechos que reconoce el ordenamiento constitucional han de ser reales y efectivos, no teóricos o ilusorios (STC 12/1994, FJ 6), con lo que mostrarse excesivamente formalista en una cuestión de amparo, no parece lo más congruente con esta obligación.

---

<sup>44</sup> Recurso núm. 23383/12, *Cuenca Zarzoso v. Spain*, op. cit., párrafos 48-51. Sobre esta cuestión, *vide* ORDÁS ALONSO, M., «Nueva condena a España en materia de contaminación acústica: caso Cuenca Zarzoso. ¿Cuántas sentencias TEDH hacen falta para que el TC cambie su erróneo criterio?», *Diario La Ley*, núm. 9322, 2018.

<sup>45</sup> En todo caso, triste es reconocerlo, España es un país con un alto índice de incumplimiento de sus propias normas. Sobre esta cuestión, *vide* SEBASTIÁN, C., *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Galaxia Gutemberg, Madrid, 2016. Igualmente, *vide* CARRASCO, S., *Contra el capitalismo clientelar. O por qué es más eficiente un mercado en el que se respeten las reglas de juego*, Ediciones Península, Madrid, 2017; MOLINAS, C.; GARICANO, L.; CARRASCO, S., CASAJUANA, C., *La España posible: Tres ensayos para un nuevo regeneracionismo y una reflexión sobre el poder*, Atalaya, Madrid, 2015.



La otra gran cuestión es si la apertura que establece el artículo 10.2 de la Constitución tiene en sí misma alguna limitación, o si, por el contrario, a través de ella se puede introducir cualquier tipo de actualización de los derechos que incluye la Constitución por mor de un desarrollo jurisprudencial en el sistema de protección del Convenio. Es decir, se trataría de cuestionarse lo que ya planteó el magistrado D. Manuel Aragón Reyes en su voto particular concordante a la STC 150/2011.

Así, en palabras de la doctrina concordante con el magistrado «no existe, en nuestro ordenamiento constitucional, un derecho fundamental a la vida privada», sino un derecho invocable ante los tribunales ordinarios en virtud del artículo 96.1 CE. Ahora bien, el artículo 10.2 tiene sus limitaciones y no permite ni incorporar nuevos derechos ni forzar la naturaleza de los constitucionalmente declarados<sup>46</sup>

Este aserto, de lógica difícilmente contestable a primera vista, se enfrentaría, sin embargo, a dos tipos de argumentos igualmente contundentes. Por una parte, la interpretación jurídico-constitucional es un acto creador de Derecho y, por tanto, «la obligada interpretación de la Constitución de conformidad con los tratados integra normas del ordenamiento internacional o supranacional en los preceptos constitucionales y, en consecuencia, incorpora materialmente derechos nuevos»<sup>47</sup>. Por otra parte, cabría tener en cuenta la lógica de la evolución de las sociedades en la tarea de la interpretación jurídica ordinaria. Así, parecería que a medida que una sociedad avanza o, al menos, evoluciona, la naturaleza de los derechos fundamentales

---

<sup>46</sup> Vide MATIA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», op. cit., pp. 369-372 e, igualmente, el voto particular del magistrado D. Manuel Aragón Reyes a la STC 150/2011.

<sup>47</sup> DE CARRERAS SERRA, F., «Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, p. 327 (321-342) y SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 205-277. Igualmente, vide QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.

o de lo que debemos entender por un derecho fundamental también cambia. Las sociedades se hacen cada vez más exigentes, demandan mayores comodidades, una participación en el desarrollo económico, que, a fin de cuentas, es uno de los elementos propios de una democracia/Estado de Derecho. Por otro lado, el propio TEDH ha ido perfilando el alcance del artículo 10 del Convenio en materia medioambiental, incluyendo en su contenido garantías establecidas en la Convención de Aarhus, a la que se refiere expresamente en sus sentencias, por ejemplo.

Es decir, las cláusulas de apertura pueden producir, lógicamente, una mutación en el contenido y alcance de un derecho fundamental. La validez del nuevo contenido será la que disponga el propio tribunal y, en materia de derechos fundamentales, la que acabe estableciendo el TEDH, cuya jurisprudencia seguirá condicionando la propia del Tribunal Constitucional español mientras el Reino de España siga siendo miembro del sistema de protección de derechos de Estrasburgo. Evidentemente, entre un activismo radical que emplee el 10.2 para crear una declaración de derechos paralela y una posición de absoluto inmovilismo autorreferencial, hay un amplio término medio o zona gris que es en la que se ha de mover la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales sin olvidar un principio básico: que los textos constitucionales no consagran derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos<sup>48</sup>.

Además, los tribunales de naturaleza constitucional no hacen sino adaptarse a las nuevas realidades, buscando vías para reconfigurar los derechos fundamentales adaptándolos al devenir de los tiempos. Es decir, las sociedades cada vez exigen mayor nivel de bienestar, son más críticas con el poder público, más «protestonas» como se ha dicho<sup>49</sup>. No se quiere decir con esto que la mera protesta deba ser creadora de

---

<sup>48</sup> En este sentido, ver las frases casi idénticas en la STC 12/1994, FJ 6 y en la del caso *Moreno Gómez* ante el TEDH (recurso núm. 4143/02, *Moreno Gómez vs. Spain*, op. cit., párrafo 57).

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión relativa a la evolución de los derechos en relación con la evolución de las sociedades, *vide* el análisis de la cuestión en los supuestos de los derechos de participación ciudadana en GORDILLO PÉREZ, L. I., «Mecanismos de participación ciudadana en perspectiva comparada: elementos para el debate», MORÁN MARTÍN, R., *Participación y exclusión política: causas, mecanismos y consecuencias*, Tirant, Valencia, 2018, pp. 541-566.

derechos o susceptible de amparo constitucional, pero sí que lo que en otro tiempo era una realidad o un mero derecho, puede convertirse en un derecho fundamental. En los próximos años, además del silencio o del derecho al olvido, veremos seguramente evoluciones en este sentido en el derecho al agua o el acceso a internet. Todo esto no hace más que mostrar cómo el desarrollo (económico) repercute en el constitucionalismo.

## 6. REFLEXIONES FINALES

El análisis de la jurisprudencia que tiene que ver, de una forma u otra, con la protección del medio ambiente, o la protección mediata del medio ambiente a través de la protección inmediata del particular, muestra cómo los tribunales de naturaleza constitucional tienen que ponderar derechos, valores y situaciones de lo más diverso. Por una parte, tienen la obligación de amparar en sus derechos fundamentales a los recurrentes que así lo merezcan, por otra hay que tener en cuenta que el desarrollo económico o el interés general puede habilitar a los poderes públicos para limitar ciertos derechos e intereses. Además, parece que estos derechos establecen obligaciones positivas a las administraciones públicas que van más allá de establecer medidas en abstracto (regulaciones, por ejemplo), sino que tienen que ser convenientemente ejecutadas y cumplir con su función de proteger los derechos en concreto. Por otro lado, los tribunales constitucionales tampoco pueden convertirse en órganos que amparen cualquier tipo de reclamación de índole civil, sino solo aquellas que revistan una especial trascendencia constitucional, pero a la vez sin esconderse en el formalismo de las administraciones excesivamente burocráticas para escapar a la obligación de hacer efectivos los derechos que establece la Constitución. Además, hay que respetar siempre un margen de apreciación nacional, de forma que el TEDH no se convierta en un órgano susceptible de revisar con total intensidad absolutamente todas las decisiones administrativas de un Estado, lo que colapsaría la institución y desnaturalizaría su función primigenia.

Por otro lado, las Cartas de derechos que incluyen las constituciones modernas parece que se encuentran en un período de adaptación a los nuevos tiempos. Ya no hablamos de nuevas formas de participa-

ción, de la importancia de internet o de la globalización en general, sino de que las necesidades sociales van cambiando y con ellas los derechos que exigen de los poderes públicos, cuya principal función viene a ser garantizar la convivencia pacífica en toda su extensión. Todo esto hace que aparezcan nuevos derechos, o proyectos de derechos, como el “derecho al olvido” o, en nuestro caso, una suerte de derecho a la tranquilidad en el hogar o el derecho al silencio.

El TEDH ha realizado una importante labor en este sentido y ha ido configurando un nuevo derecho al disfrute de un (medio)ambiente pacífico, sano y limpio atrayendo para esta categoría, aún en formación, garantías que deduce de otros preceptos convencionales como el artículo 2 (derecho a la vida), el artículo 6 (tutela judicial), el artículo 8 (respeto al domicilio), el artículo 10 (libertad de expresión y recibir información), o el artículo 1 del Protocolo 1 (derecho a la propiedad). Este derecho aun en formación incluye las clásicas obligaciones negativas (deberes de abstención de los poderes públicos), pero también tiene un contenido material propio (establecer regulaciones específicas que añadan ciertas garantías: a la información, a participar en un proceso decisorio, a hacer activismo...) y que también regule las relaciones horizontales para garantizar ámbitos de autodeterminación individual protegidos frente al Estado, pero también frente a terceros. Además, se reconocerían indemnizaciones por injerencias en el derecho a la propiedad y ya casi un derecho a la tranquilidad o al silencio.

Por ello, aunque un análisis positivista de nuestro ordenamiento nos llevara a concluir con la doctrina más autorizada (ARAGÓN y MATIA) que no existe un derecho fundamental al silencio o que el artículo 10.2 no puede desnaturalizar un derecho fundamental, lo cierto es que las cláusulas de apertura y la evolución autónoma del orden público europeo que es el Convenio y la jurisprudencia del TEDH hacen que vayan emergiendo situaciones susceptibles de ser protegidas, vinculadas a los preceptos que regulan los derechos fundamentales pero quizá no incluidos expresamente en la letra de los mismos. En materia de protección de derechos, hemos visto como el Tribunal de Justicia, que no contaba con una declaración de derechos, la acabó deduciendo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Si un tribunal de naturaleza constitucional llegó a ese extremo sin tener un texto de referencia, no debería extrañar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vaya desarrollando las si-

tuaciones que encuentre dignas de protección y que éstas se acaben introduciendo en el ámbito nacional, a través de nuestras cláusulas de apertura. En todo caso, que esos derechos acaben siendo de naturaleza constitucional o no (es decir, en última instancia, decididos por el TC) puede depender también de una cuestión estructural: si la administración y los jueces ordinarios asumen correctamente esas innovaciones en materia de derechos, el Tribunal Constitucional tendrá menos incentivos para intervenir y acabar arrogándose la titularidad de la protección para salvaguardar, en última instancia, una condena de España en el TEDH. En cambio, si la administración y los tribunales ordinarios se muestran poco permeables, mayor responsabilidad acabará asumiendo el propio tribunal constitucional.

La doctrina francesa más autorizada (F. SUDRE, por ejemplo) ya ha defendido en ocasiones la necesidad de clarificar el tema con un protocolo específico sobre el o los derechos medioambientales. Tiene lógica su planteamiento, en tanto que la Constitución francesa dispone de un apéndice que es la Carta del Medio ambiente, de naturaleza constitucional. Probablemente esta solución añadiría seguridad jurídica, pero mientras tanto, la construcción que está realizando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sus imperfecciones y sus vaivenes, está asentando las bases de un futuro derecho al disfrute de un (medio)ambiente pacífico, sano y limpio.

## 7. BILIOGRAFÍA

- ACEVEDO, M. T., «The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights», *NYU Environmental Law Journal*, Vol. 8/2, 2000, pp. 437-495.
- BAGGS, A. C., «UK in hot judgmental seat over Cold War veterans», *The Lancet*, Vol. 349, 1997, p. 410.
- BARCELONA LLOP, J., «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de administración pública*, núm. 185, 2011, pp. 49-87.
- BOYLE, A., «Human Rights and the Environment: Where Next?», BOER, B. (Ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford University Press, 2015.

- BRAIG, K. F., «The European Court of Human Rights and the right to clean water and sanitation», *Water Policy*, Vol. 20/2, 2018, pp. 282-307.
- CACHO SÁNCHEZ, Y., «La tutela del derecho al respeto del domicilio frente al ruido en sede del TEDH: Comentario al asunto Moreno Gómez c. España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, 2005.
- CARRASCO, S., *Contra el capitalismo clientelar. O por qué es más eficiente un mercado en el que se respeten las reglas de juego*, Ediciones Península, Madrid, 2017.
- CASINO RUBIO, M., «López Ostra C. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): la contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar», ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 419-442.
- CLAPHAM, A., *Human Rights in Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford 1993.
- DE CARRERAS SERRA, F., «Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 321-342.
- DELGADO RINCÓN, L. E., «El derecho a la intimidad domiciliaria frente a la contaminación acústica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la STS, de 3 de abril de 2017, último episodio en la compleja ejecución de la STS, de 13 de octubre de 2008, en el caso Barajas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017.
- DESGAGNE, R., «Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights», *The American Journal of International Law*, Vol. 89/2, 1995, pp. 263-294.
- ELEFTHERIADIS, P., «The Future of Environmental Rights in the European Union», ALSTON, P. (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 529-549.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Comentario a la sentencia de 19 de febrero de 1998 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Guerra y otros contra Italia», *La Toga*, núm. 108, 1999, pp. 7-12.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., «El derecho a la información medioambiental en el sistema europeo de protección de derechos humanos: más nueces que ruido», VV AA, *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Fundación Coso, Valencia, 2004, pp. 145-160.
- GORDILLO PÉREZ, L. I., «La europeización de la responsabilidad patrimonial del Estado: las garantías del Convenio Europeo de Derechos Hu-

- manos en casos de privación de la propiedad», PRATS ALBENTOSA, L.; TOMÁS MARTÍNEZ, G. (Coords.), *Culpa y responsabilidad*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 423-445.
- GORDILLO PÉREZ, L. I., «Mecanismos de participación ciudadana en perspectiva comparada: elementos para el debate», MORÁN MARTÍN, R., *Participación y exclusión política: causas, mecanismos y consecuencias*, Tirant, Valencia, 2018, pp. 541-566.
- HERINGA, A. W., «Private Life and the Protection of the Environment, López-Ostra v. Spain», *Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 2/2, 1995, pp. 196-204.
- JACOBS, F. G., WHITE, R. C. A., OVEY, C., *Jacobs and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006.
- LEE, M., *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making*, Hart, Oxford, 2014.
- LEE, M., *EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-Making*, Hart, Oxford, 2005.
- LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1960.
- LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ FONS, J. A., «The General System of EU Environmental Law Enforcement», *Yearbook of European Law*, Vol. 30/1, 2011, pp. 3-41.
- LOZANO CUTANDA, B., «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista española de derecho europeo*, núm. 1, 2002, pp. 175-205.
- MARGUÉNAUD, J. P., «Essais nucléaires britanniques, droit à la vie et santé des personnes», *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, Vol. 3-1, 1999, pp. 44-48.
- MARGUÉNAUD, J. P., «Observations sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Öneriyildiz c/ Turquie du 18 juin 2002», *Revue européenne de droit de l'environnement*, núm. 1, 2003, pp. 67-76.
- MAROCHINI, M., «Council of Europe and the Right to a Healthy Environment», *Dignitas – Slovenian Journal of Human Rights*, Vol. 59/60, 2018, pp. 123-164.
- MARSAL FERRET, M., «Una constitución en evolución: control de los poderes públicos y protección de los derechos humanos en el Reino Unido. A propósito de la sentencia del TEDH Hatton and Others vs UK», MONTORO CHINER, M. J.; ENTRENA CUESTA, R. (Coords.), *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 135-170.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las Sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Kyrtatos c. Grecia”, de 22 de mayo de 2003)», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 119-148.
- MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 39-41.
- MATIA PORTILLA, F. J., «Legislador, derechos fundamentales y proceso (Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 245-275.
- MATIA PORTILLA, F. J., «Le droit à la protection de l'intimité», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, núm. 18, 2002, pp. 394-432.
- MATIA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 355-377.
- MOLINAS, C.; GARICANO, L.; CARRASCO, S.; CASAJUANA, C., *La España posible: Tres ensayos para un nuevo regeneracionismo y una reflexión sobre el poder*, Atalaya, Madrid, 2015.
- ORDÁS ALONSO, M., «Nueva condena a España en materia de contaminación acústica: caso Cuenca Zarzoso. ¿Cuántas sentencias TEDH hacen falta para que el TC cambie su erróneo criterio?», *Diario La Ley*, núm. 9322, 2018.
- PAVONI, R., «Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparative Insights», BOER, B. (Ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford University Press, 2015, pp. 69-106.
- PEDERSEN, O. W., «Environmental Risks, Rights and Black Swans», *Environmental Law Review*, Vol. 15/1, 2013, pp. 55-62.
- PLOEGER, H. D.; GROETELAERS, D. A., «The Importance of the Fundamental Right to Property for the Practice of Planning: An Introduction to the Case Law of the European Court of Human Rights on Article 1, Protocol 1», *European Planning Studies*, Vol. 15/10, 2007, pp. 1423-1438.
- POMADE, A., «Recherche de causalité entre les risques invisibles et la santé humaine: convergences entre les jurisprudences française et européenne. (CEDH 27 janvier 2009, Tătar c/ Roumanie, no 67021/01)», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 46/2, 2010, pp. 333-345.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización



- européa en materia de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
- RÜFNER, W., «Drittwirkung der Grundrechte - Versuch einer Bilanz», SELMER, P., VON MÜNCH, I. (eds.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, 1987, pp. 215-230.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.
- SEBASTIÁN, C., *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2016.
- SHELTON, D., «Tătar c. Roumanie. European Court of Human Rights decision on protections against environmental harms and on proof of causation and damages», *American Journal of International Law*, Vol. 104/2, 2010, pp. 247-253.
- SIMÓN YARZA, F., «La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 63, 2010, pp. 87-110.
- SIMÓN YARZA, F., «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 153-179.
- SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC – Tribunal Constitucional, Madrid, 2012.
- STARCK, C., «Derechos fundamentales y Derecho Privado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 65-90.
- SUDRE, F. et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e éd., PUF, Paris, 2007.
- TIETZMANN-SILVA, J. A., «Bruit - Tapage nocturne. Violation de l'article 8 (droit au respect du domicile et de la vie privée) de la CEDH. CEDH, 16 novembre 2004 Moreno Gómez c/ Espagne, req. 4143/02. Commentaire», *Revue européenne de droit de l'environnement*, núm. 2006, pp. 319-322.
- TUR AUSINA, R., «Contaminación acústica, derechos fundamentales y calidad de vida medioambiental: STEDH Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 4, 2004, pp. 157-176.
- VELASCO CABALLERO, F., «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia del

- TEDH en el caso López Ostra contra España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 305-324.
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004.
- VERSCHUUREN, J., «Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to sustainable development in Europe», SCHOLTZ, W., VERSCHUUREN J. (Eds.), *Regional Environmental Law: Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, pp. 363-385.
- WEST, S. P.; SCHULTZ, L., «Learning for resilience in the European Court of Human Rights: adjudication as an adaptive governance practice», *Ecology and Society*, Vol. 20/1, 2015, pp. 31-41.
- WINISDOERFFER, Y., «Cour européenne des droits de l'homme, 27 mai 2004, arrêt Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie / 15 février 2005, arrêt Steel et Morris c. Royaume-Uni», *Revue juridique de l'Environnement*, Vol. 2, 2005, pp. 163-166.

# DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Ascensión Elvira Perales

*Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid  
ascension.elvira@uc3m.es*

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 18.3 CE prescribe el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>1</sup> en unos términos acordes con los de otras declaraciones de derechos y adecuados a un enunciado constitucional y a la época en que se probó la Constitución.

Las dificultades que se han presentado con respecto a la aplicación de ese precepto se han presentado con posterioridad: primero, por las omisiones del legislador, operador necesario para obtener una regulación que permita una auténtica garantía del derecho; después, por los cambios en las tecnologías de las comunicaciones que han desbordado las previsiones iniciales y que ponen a prueba la actividad de los distintos operadores jurídicos; ambos problemas con frecuencia se presentan imbricados.

Con respecto a la primera cuestión, la desidia del legislador se manifestó desde los momentos iniciales, de modo que, si con respecto a otros derechos su regulación se llevó a cabo poco después de la entrada en vigor de la Constitución, el secreto de las comunicaciones solo fue objeto de una regulación parcial, manifiestamente insuficiente, como pronto evidenció la jurisprudencia que fue la encargada de señalar los aspectos necesarios para que una intervención de las comunicaciones pudiera considerarse respetuosa con este derecho. La

---

<sup>1</sup> Para una visión general previa a la LO 13/2015 véase ZOCO ZABALA, Cristina: *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, y la bibliografía en él citada.

insuficiencia fue objeto de las conocidas condenas a España por el TEDH en los casos *Valenzuela Contreras y Prado Bugallo*.

En relación con el segundo aspecto antes mencionado, son evidentes los vertiginosos cambios acaecidos en el campo de las telecomunicaciones: con el teléfono se ha pasado de una compañía estatal de telefonía a la liberalización de las comunicaciones, liberalización que abarca al ámbito supranacional; de la telefonía fija al auge de la telefonía móvil, donde las terminales telefónicas se convierten en una especie de miniordenadores portátiles; de los clásicos medios de comunicación: correo, telégrafo y teléfono pasamos a otros medios de comunicación tecnológicos, como el correo electrónico o las redes sociales, en ocasiones difícilmente clasificables; de unos rudimentarios medios de intromisión en las comunicaciones a unos medios sofisticados (y en ocasiones también accesibles a cualquiera) que hacen más difícil su control. Todas estas cuestiones no solo representan grandes avances técnicos sino nuevos retos para la protección del derecho o de los derechos concernidos y mayores dificultades para los operadores del derecho, quienes se ven obligados a responder a unos desafíos fuera de sus conocimientos y que precisarán, por otra parte, de una puesta al día de la doctrina para cada nuevo caso planteado.

Un último aspecto previo radica en la advertencia de que si bien en este trabajo hemos adoptado la regulación de la LO 13/2015 como eje central argumentativo, hay que tener presente que la regulación que afecta o puede afectar a la intervención de las comunicaciones y derechos vinculados está contenida en una pluralidad de leyes, por solo citar algunas de las más recientes, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>2</sup>, la cual en su art. 82 se nos dice que “Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos”<sup>3</sup>, o la Ley 9/2014, de 9 de

---

<sup>2</sup> Esta ley desarrolla el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>3</sup> No obstante, la mayoría de las previsiones que afectan a las comunicaciones se refieren al ámbito laboral que no abordamos aquí al ser objeto de otro trabajo en esta jornada.

mayo, General de Telecomunicaciones, relativa a la cooperación de las empresas de comunicaciones (arts. 39 y ss) <sup>4</sup>.

De igual forma hay que tener presente a la regulación del derecho en determinados aspectos contribuye la normativa de la Unión Europea y, con relación a ella, el control y la interpretación que lleva a cabo el TJUE, lo que se pone especialmente de relieve en aquellas cuestiones en las que se entrecruzan secreto de las comunicaciones y protección de datos personales. Esta confluencia del Derecho de la Unión provoca un mayor esfuerzo por parte de los jueces nacionales.

## 2. LA TARDÍA REGULACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Frente a la rapidez con la que se llevó a cabo la regulación de otros derechos fundamentales, hubo que esperar a la reforma obrada por la LO 4/1988, de 25 de mayo, para encontrar unas tímidas garantías a la intervención de las comunicaciones en la LECrim, si bien radicadas básicamente en la única exigencia de resolución judicial motivada para acordar tal intervención.

Tales carencias legislativas previas dieron lugar a la condena a España en el asunto Valenzuela Contreras (S. de 30 de julio de 1998), en el que el TEDH apoyándose en previa jurisprudencia (casos *Klass*, *Malone*, *Kopp*, *Krusling* o *Huvig*) indicaba los requisitos exigibles para garantizar la legalidad de las intervenciones judiciales. Posteriormente en la Sentencia del asunto *Prado Bugallo* (S. de 18 de febrero de 2003), si bien el TEDH señala la pequeña mejora que había supuesto la LO 4/1988, no obstante puso de relieve las carencias persistentes, en especial en lo relativo a la naturaleza de las infracciones que podrían dar lugar a intervenciones, la fijación de límites temporales o las condiciones de su aportación a la vista oral.

Como consecuencia de la condena en el citado asunto *Prado Bugallo*, el Tribunal Constitucional en la STC 184/2003, de 23 de octubre,

---

<sup>4</sup> Junto a esta legislación convive otra específica destinada a supuestos particulares. Véase ELVIRA PERALES, Ascensión: *Derecho al secreto de las comunicaciones*. Iustel, Madrid, 2007.

reiteró la insuficiencia del art. 579 LECrim y, en ese sentido su inconstitucionalidad, pero sin declararla para no provocar un vacío que llevaría a una situación peor, aunque instaba al legislador a cubrir las inmensas lagunas existentes. A su vez recordó que, ante las carencias de previsibilidad y certeza de la ley, tales exigencias habían sido paliadas por su doctrina, en particular a partir de la STC 49/1999<sup>5</sup>, así como, incluso antes, por el Tribunal Supremo<sup>6</sup>, quien permitió evitar nuevas condenas en este ámbito por parte del TEDH, el cual interpretó que la jurisprudencia de ambos tribunales aportaba la requerida certeza<sup>7</sup>.

Sin embargo, ni las condenas del TEDH ni la admonición del TC sirvieron para alentar al legislador que siguió sin efectuar la necesaria regulación hasta la reforma de la L.O. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obrada por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas<sup>8</sup>.

Con todo conviene preguntarse si esa regulación cubre las diversas carencias detectadas hasta ese momento: es cierto que la ley regula bastantes de los aspectos pendientes, pero sigue ofreciendo lagunas, además de que el rápido desarrollo y los cambios en las comunicaciones hacen imposible que la legislación cubra todas las posibilidades,

---

<sup>5</sup> A esta sentencia le siguieron las 188/1999, 299/2000, 14/2001, 106/2001, 70/2002 o 123/2002.

<sup>6</sup> Auto TS de 18 de junio de 1992, que sentó las pautas posteriores en la materia y después, entre otras, STS (Sala 2ª) 367/2001, de 22 de marzo.

<sup>7</sup> STEDH de 26 de septiembre de 2006, asunto *Abdulkadir Coban c. España*. La jurisprudencia del TEDH sobre esta materia ha sido analizada por OCÓN, Juan: “La incidencia de las resoluciones del TEDH en la configuración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en CARUSO FONTÁN, M.V. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (dirs.): *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*. Titant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 259-272.

<sup>8</sup> Estudios de esta ley los encontramos en ZOCO ZABALA, Cristina: *Nuevas tecnologías y el control de las comunicaciones*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015; y en RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2016, donde se hace eco de una copiosa jurisprudencia anterior, en particular del TS y la incidencia en ella de la LECrim desde el punto de vista de un juez.

teniendo que ser el juez quien resuelva los casos surgidos a la luz de las nuevas condiciones.

### ***2.1. Delitos susceptibles de provocar una intervención de las comunicaciones***

En primer lugar, al observar cómo aborda la Ley los delitos que pueden dar lugar a la autorización de una intervención en las comunicaciones, la regulación varía en función del medio de comunicación o tecnológico de que se trate. Así, en los casos de correspondencia escrita o telegráfica plantea tres posibilidades, que se reiteran en los supuestos de autorización de captación y grabación de comunicaciones orales directas (art. 588 quater a): 1) los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3) delitos de terrorismo (art. 579). Aquí ya surgen las primeras dudas, pues además de que la redacción del primer supuesto resulta confusa, la referencia a las penas abarca la mayoría de los delitos y no solo los delitos graves si nos atemos a la definición que de los mismos ofrece el Código penal, conforme al cual se califican como tales los que tienen fijada una pena superior a los cinco años, por este motivo podría pensarse que en este punto el legislador se ha apartado de las pautas ofrecidas por el TEDH. Con respecto al segundo no se establece conexión alguna con el tipo de delito, lo que parece que lleva a interpretar que afectará a cualquier delito con independencia de la pena aplicable; el tercer caso, resultaría (aparentemente) menos controvertido, por el calado del fenómeno. Los dos últimos comparten la dificultad de aportar los indicios suficientes de que concurren las circunstancias previstas junto a la general exigencia de indicios de la existencia de delito en sí.

En los supuestos de comunicaciones telefónicas y telemáticas a las citadas previsiones se añaden aquellos “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación” (art. 588 ter a), con lo cual se recoge el supuesto ya asumido por el Tribunal Constitucional en la STC 173/2011. A ello se suman, en los casos de registros remotos de equipos informáticos, los ‘delitos cometidos con-

tra menores o personas con capacidad modificada judicialmente' (art. 588 septies a). Ambas previsiones resultarían avaladas por el TEDH según se desprende del asunto *K.U. c. Finlandia* (S. de 2 de diciembre de 2008)<sup>9</sup>, donde inciden los dos aspectos, delito cometido a través de Internet y afectación directa a un menor. La previsión es consecuente con el tipo de operación, puesto que en bastantes ocasiones el acceso a los equipos y comunicaciones informáticas será el único medio para descubrir a los autores, al ser el medio en el que se mueven los delincuentes.

En el ámbito del tipo de delitos susceptibles de ser investigados con intervención de las comunicaciones cabe apreciar que no solo ha sido objeto de atención por parte de TEDH, sino también, en el marco de la Unión Europea, lo ha sido por el TJUE, como muestra el que dio lugar a la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Tarragona en torno a la interpretación de la Directiva 2002/58/CE y, en su caso, la adecuación o no de la normativa española a la misma<sup>10</sup>. En ella, a los efectos que aquí importan, el TJUE manifestó que “conforme al principio de proporcionalidad, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos solo puede justificar una injerencia grave el objetivo de luchar contra la delincuencia que a su vez esté también calificada de «grave»” (§ 56). “En cambio, cuando la injerencia que implica dicho acceso no es grave, puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir «delitos» en general” (§ 57). Para concluir que

---

<sup>9</sup> La condena a Finlandia procede de no haber investigado un delito contra un menor cometido a través de la web.

<sup>10</sup> STJUE de 2 de octubre de 2018 (Gran Sala), C207/16.

El carácter garantista del TJUE se aprecia también en otras resoluciones, entre las que cabe citar la STJUE de 8 de abril de 2014, en el asunto *Digital Rights Ireland* (C-293/12 y C-594/12), en la cual se declara la invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, ante la indefinición y falta de proporcionalidad de los aspectos relativos a personas afectadas, duración de la conservación o garantías de la misma. Ha sido en este ámbito y en el de la protección de datos, tan unidos, algunos de los que el TJUE ha mostrado su vertiente más favorable a la defensa de los derechos fundamentales.



“[h]abida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, como los nombres, los apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de estos, consagrados en los citados artículos de la Carta, que no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave” (§ 63). Por consiguiente, para el Derecho europeo, la admisibilidad de intervenciones en delitos que no tengan la consideración de graves dependerá del grado de injerencia, habiendo el juez de interpretar la situación con base en el principio de proporcionalidad. Es de todos sabido que el principio de proporcionalidad es una especie de mantra por el TJUE, pero es preciso reconocer que en este tipo de delitos resulta imprescindible su concurrencia no solo por la motivación atinente a la intervención sino por el número de derechos que pueden estar en juego y por su concreta afectación a las personas implicadas, puesto que, frente a lo que sucede en otros supuestos, afectada será tanto la persona objeto de la investigación como aquellas con las que se comunique o de las que exista información guardada.

Por último, volviendo a la regulación de la LO 13/2015, establece una previsión algo distinta para la autorización de registros remotos sobre equipos informáticos: a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; b) delitos de terrorismo, c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, d) delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, y e) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la telecomunicación o servicio de comunicación (art. 588 septies a). En estos casos, la tipología viene marcada por delitos de especial relevancia (a, b y d), delitos contra personas que necesitan de especial tutela (c) o delitos en los que el medio sean precisamente las telecomunicaciones (e). Es decir, en estas ocasiones la intervención sí se remite a supuestos de marcada gravedad o en los que el medio marca la diferencia y (po-

siblemente) la única forma de descubrir al delincuente, por lo tanto, aquí no cabrían los reparos, salvo, en su caso, la alegación de esos delitos de manera injustificada o sin suficientes elementos de prueba. En torno a supuestos semejantes, el TEDH ha indicado que cuando el caso esté vinculado con la defensa nacional, se reconocerá un mayor margen de apreciación al Estado, si bien siempre dentro del respeto a las garantías exigidas por ese Tribunal, entre ellas la previsibilidad<sup>11</sup>. Así mismo en estos casos conviene tener presente que el derecho afectado no será únicamente el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también otros derechos del art. 18 CE, incluso cabría empezar por preguntarse si la captación de información a través de Internet significa vulneración del art. 18.3 CE o solo tráfico de datos (en particular si no están personalizados), a lo que se une la dificultad de distinguir entre comunicaciones públicas y privadas de la que se hace eco el TEDH.

## 2.2. *Requisitos formales de las intervenciones*

Las exigencias con respecto a las autorizaciones no acaban en la definición del tipo de delitos que pueden dar lugar a su activación, sino que igual importancia cobra el cumplimiento de otros requisitos, muy en particular, como manifiesta una reiterada doctrina tanto del TC como del TS, es necesario que las pruebas tengan una cierta entidad, sin que baste con meras sospechas. Para evitar su uso indebidamente, la LO 13/2015 ha procurado hacer patentes los criterios que deben aplicarse (art. 588 bis), de igual forma sucede con el contenido de los informes mediante los que se solicita la medida o la autorización judicial, así como la necesidad de su control (arts. 588 ter d, e y f) y, por último, la destrucción de los registros (art. 588 bis k).

En ese sentido, la aparente extensión de los delitos susceptibles de acordar medidas de intervención se ve matizada por la importancia que la LO concede a los principios que deben presidir no solo la propia autorización sino también su alcance, de modo que se intenta

---

<sup>11</sup> Asunto *Big Brother data* y otros c. Reino Unido, STEDH de 13 de septiembre de 2018, y previamente en los Asuntos *Liberty* y otros c. Reino Unido, STEDH de 1 de julio de 2018, y *Weber y Saravia* c. Alemania, que fue declarado inadmisibile.

reducir el margen de discrecionalidad en línea con lo que ya venía dictando la jurisprudencia. Los principios a los que se hace referencia son: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida (art. 588 bis a 1), desgranándose a continuación el significado de cada uno de esos principios y los aspectos que habrán de tomarse en consideración para la ponderación de los intereses en conflicto, indicándose así que “la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho” (art. 588 bis a 5). Semejante precisión podría reputarse de excesiva, sin embargo, ha de servir también de recordatorio a los jueces de que una autorización de intervención de comunicaciones defectuosa puede conducir a invalidar las pruebas obtenidas, como tantas veces ha sucedido. De igual modo, la minuciosidad ofrecida permitirá a los jueces contar con una guía en apoyo en sus argumentaciones.

La regulación actual precisa, en línea con la anterior, la posibilidad de permitir una mayor premura de modo que, en caso de urgencia, en particular en los supuestos de actuación de banda armada o elementos terroristas, la intervención puedan ser adoptada por el Ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad<sup>12</sup> con el deber de comunicación en un plazo máximo de veinticuatro horas al juez competente (art. 579, art. 588 ter c.3), el cual revocará o confirmará la medida. Para el supuesto de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información se admite, en caso de urgencia y con apreciación de ‘un interés constitucional legítimo’ la actuación de la Policía Judicial, debiendo comunicarlo al juez dentro del plazo máximo de 24 horas (art. 588sexies c.4). Todas estas previsiones parecen acordes con las peculiares características de estos supuestos en los que la acción inmediata puede ser determinante. Que la ley abra esta posibilidad de forma limitada y

---

<sup>12</sup> Según opinión de miembros de los cuerpos de seguridad, esta posibilidad en realidad requiere más tiempo que el requerimiento al juez, por lo que, a estos efectos, quizá hubiera resultado preferible la previsión del art. 588sexies c.4. Unas relaciones fluidas entre cuerpos de seguridad y jueces serán el mejor medio de lograr los fines perseguidos.

restringida a determinados asuntos, siempre con la necesaria intervención del juez para, en su caso, confirmar la medida, cercena el riesgo de abuso.

Por lo que se refiere al carácter transnacional de las comunicaciones y las implicaciones de este hecho, si antes ya se había planteado alguna dificultad ante controles efectuados en el extranjero<sup>13</sup>, los problemas se han agudizado con la multiplicación de las comunicaciones entre países y, vinculado a ello, la necesidad de cooperación con autoridades de otros Estados a la hora de poder acceder a ciertos datos. En este sentido, resultan de interés las manifestaciones vertidas en la STS 667/2017, de 19 de diciembre de 2018, donde se recoge la validez de la adopción de medidas como consecuencia de la actuación previa de cuerpos policiales extranjeros y, en particular, se recuerda la confianza que ha de residir las relaciones entre los países integrantes de la Unión Europea.

La LO 13/2015 se ocupa también de manera minuciosa a la identificación de las personas o dispositivos que serán objeto de investigación, sin embargo, conviene recordar, por un lado, la admisibilidad de la utilización del sistema SITEL<sup>14</sup> y, por otro, que el TEDH considera en ciertas situaciones admisible la investigación indeterminada de comunicaciones (*bulk interception of communications*), llegando a afirmar que este tipo de intervención no necesariamente ha de reputarse más incisiva que la investigación individual<sup>15</sup>. En estos casos el TEDH indica que, en virtud de la naturaleza de este tipo de investigaciones, los usuales parámetros como indicio de la concurrencia de sospechas

---

<sup>13</sup> SSTS de 25 de septiembre y 18 de noviembre, ambas de 2002, y de 10 de enero de 2003, referidas a inspecciones postales realizadas en otros Estados.

<sup>14</sup> Véase ZOCO, Cristina: “Intercepción de las comunicaciones electrónicas”, en *InDret*, 4/2010, y RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, cit., pp. 237-243, en las que se hace eco de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión.

<sup>15</sup> Asunto *Big Brother data* y otros c. Reino Unido, § 317. Celeste al referirse a la prohibición de retención de datos generales no distingue entre los supuestos de afectación exclusiva a datos de aquellos otros en los que la intervención afecta a comunicaciones, mostrando lo intrincado de las relaciones entre estos derechos: CELESTE, Edoardo: “The Court of Justice and the Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios”, en *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, pp. 134-157.

razonables se ve alterados y no resultarán exigibles<sup>16</sup>, aunque sí el resto de garantías.

De forma paralela, merece una valoración positiva que la Ley haga mención del procedimiento en el caso de descubrimiento casual de un delito (art. 579 bis) que requerirá de la correspondiente autorización judicial, previo análisis de las circunstancias que han llevado al nuevo hallazgo y así como de la petición y resoluciones judiciales iniciales o de prórroga, así como la imposibilidad de haber incluido la medida en su momento. Es cierto que semejantes medidas ya venían exigidas con anterioridad, según prueba una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>17</sup> y esta posibilidad también venía avalada por el TEDH<sup>18</sup>, pero su regulación aclara aspectos que pudieran dar al traste con las averiguaciones obtenidas de ese modo.

### ***2.3. Indefinición del derecho fundamental afectado***

Un aspecto que genera confusión en LO 13/2015 es que se plantean distintos tipos de intervenciones pero sin distinguir qué derecho es el afectado de tal forma que la regulación ofrecida encajaría mejor con el art. 8 CEDH en el que son varios los derechos que cobija y en el que, en consecuencia, no se presentan las diferencias que afloran en nuestro texto constitucional, no solo por presentar de manera diferenciada los distintos derechos, sino porque en función del derecho, la protección presenta un carácter material o formal. Es cierto que en la multiplicidad de funciones que ofrecen algunos medios de comunicación o, más en general, el análisis de un medio electrónico, plantea múltiples facetas, como después desarrollaremos y, desde el punto de vista práctico, resulta más sencillo un tratamiento unificado, pero por ahora no podemos obviar la diferencia de tratamiento que ofrece nuestra Constitución.

En relación con lo anterior, entre otras posibilidades, la LO no despeja la duda sembrada por el Tribunal Constitucional al entender que el art. 18.3 CE protege también en supuestos de captación de conversaciones

---

<sup>16</sup> Habrá que entender con respecto a cada uno de los posibles afectados, no en términos generales.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, *op. cit.*, p. 175 y ss.

<sup>18</sup> Asunto *Terrazzoni c. Francia*, STEDH de 29 de julio de 2017.

directas entre personas. Este Tribunal en la STC 145/2014 apreció una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones al haberse captado una conversación entre detenidos en dependencias policiales mediante la instalación de micrófonos, frente a la concepción tradicional que entendía que era preciso de un artificio entre los comunicantes para que pudiera invocarse el art. 18.3 CE, doctrina después aceptada por el Tribunal Supremo. En la LO 13/2015 el Título VIII lleva como rúbrica “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, la posterior división en capítulos no distingue entre esos diferentes derechos enmarcados en el precepto citado<sup>19</sup>, de manera que, al no haber aclarado el legislador esta cuestión, sigue dejando la interpretación en manos de los tribunales, pues entendemos que la resolución del Tribunal Constitucional no cierra la puerta a otras interpretaciones, al menos si varía alguna circunstancia. La cuestión no se limita a la adscripción a uno u otro derecho, sino que, como ya hemos señalado, la misma significa hacer derivar de él una garantía material (intimidad) o una garantía formal (secreto de las comunicaciones). Con todo, en muchos supuestos actuales es preferible optar por una autorización previa omnicompreensiva (aunque siempre justificada y especificada), debido a la dificultad de determinar el carácter del instrumento en el que se ha de intervenir y la multiplicidad de derechos afectados; por todo ello es preferible ampliar el marco de garantías que provocar la vulneración de un derecho por una interpretación demasiado restrictiva de las garantías de cada derecho<sup>20</sup>, manteniendo la distinción cuando sea posible una distinción clara del derecho afectado.

#### 2.4. *Obligaciones por parte de terceros*

En lo que a obligaciones por parte de las empresas o los técnicos de las comunicaciones se refiere, la LO impone la obligación de cooperar

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, el capítulo VI se titula: “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, sin especificar si se enmarca en el art. 18.3 o 18.1 CE.

<sup>20</sup> En este sentido, hay autores que consideran al no prever la Constitución la autorización previa, tal exigencia vulneraría el contenido esencial del derecho, así ZOCO ZABALA, Cristina: “Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica”, en CHUECA, Ricardo (dir.), *op. cit.*, p. 375.

a todo prestador de servicios, de responsables de sistemas informáticos e incluso de personas conocedoras de su funcionamiento, cubriendo así de algún modo el vacío dejado por la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE<sup>21</sup> y cuya falta de cooperación con las autoridades puede poner en marcha los mecanismos legalmente previstos. La previsión necesaria, ante los múltiples problemas técnicos que acompaña a las comunicaciones, no deja de plantear problemas, primero, determinar hasta quiénes alcanzaría ese deber de colaboración, pero también si, en caso de negativa a colaborar por parte de una empresa, podría trasladarse la solicitud a los trabajadores.

Semejantes obligaciones se apreciarán en particular en supuestos en los que se requiera la intervención de expertos ante mensajes encriptados, teniendo en cuenta que algunos autores consideran que el cifrado presupone un sistema de comunicación y su acceso, en consecuencia, ligado al de la interceptación de las comunicaciones<sup>22</sup>; llegando otros autores a hablar de un “derecho a la criptografía”, es decir a la exigencia de confidencialidad y la posibilidad de que las empresas o técnicos puedan negarse a facilitar la descifrado<sup>23</sup>. La cuestión plantea numerosas aristas nada fáciles de despejar, pues, en cierto sentido, implica una cuestión similar a la que ofrece el alcance del secreto profesional de los periodistas. Entendemos que en caso de delitos de especial gravedad ese derecho a la criptografía debería ceder, especialmente cuando no existan terceros que vieran afectados sus derechos o solo con una incidencia menor. Por añadidura, hay que tener presente que la imposibilidad de lectura por hallarse un mensaje encriptado no

---

<sup>21</sup> La normativa interna española que había desarrollado esa Directiva se consideró que cubría las exigencias solicitadas por el TJUE por cuanto exigía la intervención judicial que había de dictar la correspondiente resolución conforme al principio de proporcionalidad (véase, por ejemplo, STS 400/2017, de 1 de junio).

<sup>22</sup> ASÍS GARROTE, Agustín: “El régimen de la criptología en el nuevo marco regulador de los servicios de telecomunicación”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2004, pp. 560-602, donde efectúa una crítica a la regulación de la criptología en la Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>23</sup> COTINO HUESO, Lorenzo: “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en *España Constitucional (1978-2018)*, vol. II, pp. 2353-2354.

significa que no puedan accederse a otros datos, por el contrario, los datos vinculados a las comunicaciones pueden revelar las identidades y la localización de transmisores y receptores, datos que también se encuentran protegido por el art. 18.3 CE<sup>24</sup>.

Por último, como ya apuntamos, a la hora de analizar la garantías y su alcance, es preciso tener bien presente el hecho de que en buena parte de los casos en los que se ve implicado el secreto de las comunicaciones, se encuentran afectadas garantías de carácter procesal, de tal forma que, frente a lo que sucede con la mayor parte de los derechos en los que su vulneración se limita a aquel directamente afectado, la falta de protección o una protección insuficiente del secreto de las comunicaciones puede contaminar el derecho a la prueba y, por ende, el derecho a una tutela judicial efectiva, de ahí la doble exigencia a la hora de procurar su garantía.

### 3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, MAYORES DIFICULTADES

Los avances tecnológicos han planteado y plantean numerosos interrogantes. En ciertos casos será sencillo hacer una equivalencia con un medio ‘clásico’ y trasladar la protección correspondiente: la intervención de un teléfono habrá de requerir de iguales garantías ya se trate de un terminal fijo o de uno móvil, también, *prima facie*, el acceso al correo electrónico, las dificultades surgen cuanto más se aleja el medio de comunicación de los modelos anteriores o cuando, aun compartiendo algunas características con un medio clásico, existen elementos que le separan de él, lo que hace que un trasvase de las reglas de intervención no siempre sea la solución.

Antes de abordar las novedades y sus problemas, merece llamar la atención sobre el hecho de que la amplia jurisprudencia sobre los medios clásicos sigue admitiendo nuevos interrogantes: como muestra valga la referencia al asunto *Laurent c. Francia* (S. de 24 de mayo de 2018) en el que el TEDH reputa como correspondencia –y en consecuencia sometida a las correspondientes garantías– un papel escrito y

---

<sup>24</sup> Asunto *Big Brother data* y otros c. Reino Unido



entregado doblado directamente de abogado a detenido ante la presencia de la vigilancia policial.

Con todo, resulta evidente que las mayores dificultades son las planteadas por las nuevas tecnologías y los diferentes retos que van abriendo. En las páginas que siguen solo pretendemos apuntar algunos de los aspectos más significativos ligados a los avances técnicos, así como de las principales dudas que suscitan en estos momentos; un análisis exhaustivo escapa, pues, del alcance de este trabajo.

### ***3.1. Terminales telefónicas***

Las terminales telefónicas son en la actualidad mucho más que teléfonos y la comunicación oral constituye una sola de entre sus muchas aplicaciones. Con respecto a la función tradicional resulta patente que las terminales de los denominados ‘*smart phones*’ no solo sirven de receptor en el sentido tradicional sino que almacenan distintos aspectos de la comunicación que antes requerían de recursos ajenos: en la actualidad, en los aparatos se recoge información de las llamadas efectuadas y recibidas e incluso la propia agenda, de modo que basta con aprehender el teléfono para obtener una información que antes precisaba de la concurrencia de la compañía telefónica, sin perjuicio de que su asistencia siga siendo necesaria en determinados supuestos y que también sea objeto de minuciosa regulación en la LO.

La casuística ha ido fijando los contornos del derecho y sus posibles limitaciones, así por ejemplo, con respecto a las agendas alojadas en teléfonos móviles el Tribunal Constitucional afirmó que los datos de la agenda de un teléfono móvil “no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros” (STC 142/2012, FJ 3 y 115/2013, FJ 3), lo cual pone de relieve que el factor determinante no es el soporte, sino el acceso a la comunicación. Sin embargo, sí requeriría de la previa autorización el acceso al listado de llamadas, dado que esos datos tradicionalmente se han considerado como inherentes al derecho, si bien con una protección más débil que la ofrecida a la comunicación en sí.

La pluralidad de funciones que cumplen los teléfonos móviles y la pluralidad de derechos que pueden verse afectados conlleva, no obs-

tante, la exigencia de especial rigor a la hora de analizar el parámetro de control, habiendo de enjuiciar si existe ley habilitante y la proporcionalidad de la medida efectuada (STC 115/2013, FJ 4). Los requisitos para proporcionar una justificación de una injerencia policial a la intimidad ya se sintetizaron en esta última Sentencia citada: “a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto” (STC 115/2013, FJ 5), requisitos después asumidos por la LECrim (art. 588 bis a), lo que de nuevo pone relieve el interés que el legislador ha seguido (si bien tardíamente) los criterios jurisprudenciales.

### *3.2. Correo electrónico y redes de mensajería instantánea*

El correo electrónico u otras formas de comunicación a través de Internet dan lugar a numerosas dudas de interpretación, desde su integración o no en los medios de comunicación, a las diferencias que hay que establecer en función de la recepción, del tipo de comunicación (cerrada o abierta), de si el mensaje ha sido o no leído, o del lugar de almacenamiento. Con respecto a los mensajes *sms*, de mensajería instantánea o de correo electrónico resulta palpable que los conflictos se resuelven más fácilmente cuanto mayor la similitud con los mensajes postales o telegráficos, mientras que las dudas se hacen más acuciantes a medida que las diferencias son más acusadas.

Estas dificultades se acrecientan con frecuencia debido al desconocimiento acerca de los nuevos medios por parte de los operadores jurídicos y, de manera muy señalada, por parte de jueces y tribunales incluido el Tribunal Constitucional. Prueba de ello la ofrecen distintas resoluciones judiciales, un ejemplo lo tenemos en la STC 241/2012,

sobre el acceso a una red de mensajería instantánea con acceso libre instalada por unos trabajadores en el ordenador de la empresa, existiendo la prohibición de instalación de programas propios. En ella, al margen de otras consideraciones que afectan a la protección de los derechos de los trabajadores (objeto de estudio en otro capítulo de este libro), se desestima una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el carácter abierto de la red, sin tomar en consideración que, aunque el sistema en sí pueda tener ese carácter, en el caso concreto se había instalado como medio de comunicación de uso exclusivo entre un grupo de trabajadores de la empresa por mucho que el ordenador fuera de uso común<sup>25</sup>; luego, a la luz de las circunstancias del caso, hubiera sido más adecuado estimar una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y no del derecho a la intimidad.

Otra duda no suficientemente resuelta consiste en determinar el carácter de las comunicaciones pretéritas almacenadas en el dominio virtual: el Tribunal Supremo se decanta por considerar que los correos “una vez descargados desde el servidor, leídos por el destinatario y almacenados en alguna de las bandejas de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones”<sup>26</sup>; en mi opinión la cuestión requeriría considerar cada supuesto. En el caso de los correos electrónicos u otras comunicaciones escritas o gráficas, es verdad que si asimilamos los correos leídos con los correos en papel, el Tribunal Constitucional consideró que una carta ya leída no se integraba en la protección del 18.3 CE, si bien en el supuesto resultaba claro que ya se había roto el tracto comunicativo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> En esa línea apunta el voto particular formulado por el magistrado Sr. Valdés Dal-Ré. De hecho, el hallazgo de los mensajes que dieron lugar a la aplicación de medidas disciplinarias por parte de la empresa fue casual.

<sup>26</sup> SSTs 342/2013, de 17 de abril; 204/2016, de 10 de marzo. 723/2018, de 23 de enero de 2019.

Esa opinión es compartida por ZOCO ZABALA, Cristina: *Nuevas tecnologías y el control de las comunicaciones*, cit., p.158 y ss. donde refleja los múltiples factores que inciden para determinar el derecho afectado y también sus dificultades.

<sup>27</sup> STC 70/2002, de 3 de abril. La carta ya no se encontraba en el sobre, sino dentro de una agenda, por lo que, en palabras del Tribunal conduce a “falta de constancia o evidencia ex ante de que lo intervenido es el objeto de una comunicación secreta impenetrable para terceros y falta de interferencia en un proceso de comunicación” (F.J. 9).

Sin embargo, hay que tener presente que en el acceso al correo electrónico o a redes de mensajería, al abrirlos conviven mensajes leídos con otros que aún no lo han sido, o con mensajes aparentemente leídos pero que puede que no lo hayan sido, por lo que la distinción de ese factor a efectos de la protección exigible resulta difuminada, a lo que se suma que en ocasiones bastará con el texto del objeto del mensaje que aparece directamente en pantalla para conocer el contenido del mensaje (o de parte de él).

Por otra parte, los datos de llamadas de teléfonos móviles habría que asimilarlos a los mismos datos de los teléfonos fijos, datos que se consideraron protegidos por el secreto de las comunicaciones, aunque con un grado de protección menor que las conversaciones en sí, requiriendo no obstante para su conocimiento de la correspondiente resolución judicial. En este sentido, es preciso tomar en consideración que cuando se accede a la cuenta de correo electrónico de una persona se accede a la información de con qué personas se ha comunicado –lo que lo asimilaría a los datos telefónicos–, con el añadido de que no solo figura como identificación un número telefónico (de quien habría que averiguar el titular) sino habitualmente un nombre, lo que facilita la identificación del comunicante. Por todo ello, si, como venimos reiterando, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas tradicionales no abarca solo a estas sino también a los externos a la misma (con quien se ha comunicado, cuándo...) resultaría extraño que semejante protección cubriera únicamente a los medios ‘clásicos’ de comunicación y quedaran sin protección iguales extremos en medios como el correo electrónico en los que la comunicación permanece siempre que no la borremos (y quizá también aunque la borremos). Las anteriores consideraciones serían extensivas a otros sistemas de mensajería instantánea.

De igual modo, con frecuencia no se intercambian comunicaciones sino otro tipo de contenidos, de modo que, ante la diversidad de comunicaciones o de acceso a datos que se desarrollan a través de internet o de otras nuevas tecnologías, cabría pensar en la posibilidad de idear una de carácter general, como la que en su día se estableció para el correo postal mediante el Convenio de 14 de diciembre de 1989 elaborado en el marco del Congreso de la Unión Postal universal, recogidas ahora también en la reforma de la LECrim a la que nos venimos refiriendo, (art. 579.4), mediante la que se fijan unas reglas para

distinguir paquetes de cartas y, en consecuencia, poder inspeccionar o no su contenido; de forma similar podrían establecerse criterios en el marco de Internet para que pudiera interpretarse que determinado tipo de mensajes o de redes<sup>28</sup> no suponen comunicación en sentido estricto por lo que no estarían protegidos por el art. 18.3 CE, sin perjuicio de que los abusos pudieran gozar de protección, amparados por el derecho a la intimidad o a la protección de datos.

### 3.3. Ordenadores u otros aparatos electrónicos

Los ordenadores u otros aparatos electrónicos que efectúan múltiples funciones y son susceptibles de almacenar contenidos muy diversos abren muchas incógnitas sobre los procedimientos a utilizar en caso de intervención, con la precisión de que la posibilidad de acceso afectaría no solo a los datos contenidos en el *hardware* del dispositivo<sup>29</sup>, sino también a lo almacenado en la ‘nube’ (*cloud computing*)<sup>30</sup>.

Con respecto a los ordenadores, el Tribunal Constitucional ya afirmó que el contenido de un ordenador personal se encuentra “dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido”, y ha puesto de relieve cómo la información que pueda recogerse de los datos de un ordenador aporta una imagen reveladora de la personalidad del usuario, “que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos” (STC 173/2011, FJ 3). Estas consideraciones serían extensibles a otros instrumentos electrónicos como tabletas o teléfonos móviles inteligentes que desempeñen unas funciones similares a los ordenadores. En todos ellos conviven diversos contenidos (archivos de texto, mensajes...) entre los que una parte sustancial corresponderá a ‘comunicaciones’ de muy diverso tipo, planteándose los problemas citados, y otra a almacenamiento de información de distinto carácter y procedencia susceptible de afectar tanto a la protección de datos como a la intimidad o a la propia imagen.

---

<sup>28</sup> Como sistemas de intercambio de películas o contenidos similares.

<sup>29</sup> Obviamente la protección afectaría igualmente a otros sistemas de almacenamiento de datos electrónicos como *pen drives* o memorias extraíbles.

<sup>30</sup> Un estudio específico lo encontramos en VILLARINO MARZO, Jorge: *La privacidad en el entorno del cloud computing*. Ed. Reus, Madrid, 2018.

La complejidad tecnológica y un insuficiente conocimiento de los nuevos medios de comunicación puede explicar la insatisfactoria STC 173/2011 en la que el Tribunal se pronuncia sobre acceso a archivos compartidos de *emule*, tras la incautación por la policía del ordenador que los contenía, donde estima que el derecho afectado sería la intimidad y no el secreto de las comunicaciones, lo que a su vez implicaba que no se requería autorización previa considerando que concurría urgencia; un razonamiento de signo contrario condujo, sin embargo, a una condena a España por parte del TEDH<sup>31</sup> al considerar que hubiera sido precisa la previa autorización judicial para acceder al contenido del ordenador en el que se contenían los archivos *emule*, puesto que no existía la urgencia aducida al haber sido el ordenador que contenía dichos archivos aprehendido por la policía y cortada, en consecuencia, la posibilidad de acceso remoto y de una manipulación ulterior por parte del afectado.

Las similitudes entre el secreto de las comunicaciones y la incautación de material informático han llevado a que el TEDH haya trasladado la argumentación y requisitos previamente utilizados con respecto a las primeras al segundo (p. ej., asunto *Wolland v. Noruega*, S. de 17 de mayo de 2018), de modo que procede a analizar no solo la previsión legal de la medida y la pertinente autorización sino también la afectación a la persona implicada y el tiempo utilizado para procederá la inspección, destacando aquí las dificultades a la hora de analizar un material informático copioso. Este sería un ejemplo más de asuntos en los que se puede ver afectado no solo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino otros derechos como la intimidad o la protección de datos, y en los que, a su vez, las garantías de unos ‘contagian’ o interfieren con las de otros.

Las consideraciones expuestas conducen a afirmar, pues, que en el caso de registros de ordenadores u otros medios similares es preferible contar con una previa autorización ante el desconocimiento de lo que puede hallarse en su interior, sin perjuicio de que semejante autorización no signifique una carta en blanco para acceder a cualquier

---

<sup>31</sup> Asunto Trabajo Rueda c. España, STEDH de 30 de mayo de 2017. Un comentario a la misma se encuentra en OCÓN, Juan: “Derecho a la intimidad y registro de dispositivos informáticos: a propósito del asunto Trabajo Rueda c. España”, en, *REDC*, núm. 113, 2018, pp. 327-343.

contenido, sino que se deberá especificar el alcance de la intervención, la cual deberá ser acorde y proporcional a la finalidad de la búsqueda. En estos casos resultarían aplicables también los criterios establecidos para el hallazgo casual de un delito distinto de aquél que justificó la autorización (art. 579 bis) a lo que nos referimos anteriormente.

### 3.4. *Redes sociales*

Otros significativos problemas en la actualidad lo plantean las redes sociales, desde la determinación de su naturaleza, a la protección que, en su caso, merece su contenido<sup>32</sup>. Con respecto a lo primero, no cabe duda de que las redes sociales son comunicación, pero tanto en el sentido de comunicación del art. 18.3 CE como de aquella vinculada a la libertad de expresión del art. 20 CE<sup>33</sup>, que se pueda relacionar con uno u otro dependerá del carácter cerrado o abierto e incluso del propio contenido que se quiere comunicar, con la particularidad añadida de que, con frecuencia, lo comunicado no serán palabras sino imágenes. El Tribunal Supremo en Sentencia de 91/2017 parecería asimilarlas a un medio de comunicación al expresar que “[l]a finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular”, sin embargo, precisamente en supuestos como el analizado en el recurso de una cuenta ‘abierta’ entendemos que no se dan las características propias de las comunicaciones a las que se refiere el art. 18.3 CE, sino que en ellos, en particular en cuentas con un significativo número de seguidores, parecen estar más cerca de la libertad de expresión o información del art. 20 CE, sin perjuicio de la vinculación que pueda establecerse con los derechos del art. 18.1 CE.

Será preciso, pues, llevar a cabo un análisis que clarifique qué ha de entenderse por medio de comunicación (en el sentido del art. 18.3 CE) y distinguir entre comunicaciones abiertas y cerradas para evitar

---

<sup>32</sup> ESPINOSA, Ana: “Las redes sociales como reto para los derechos de la personalidad y la protección de datos”, en CHUECA, Ricardo: *Las fronteras del derecho fundamental en la constitución normativa*. CEPC, Madrid, 2019, pp. 394-437.

<sup>33</sup> Así como de comunicaciones de otro tipo de carácter especial como electoral o publicitaria.

indefensión por parte de los afectados (en cualquier ámbito). También podría distinguirse en función del carácter de estos (personas con o sin relevancia pública...) o del tipo de comunicación que habitualmente ofrece el titular de la cuenta, sin perjuicio de que en las de carácter cerrado el contenido solo pueda conocerse al habilitar su acceso.

Por otro lado, es preciso separar la posibilidad de acceso a una cuenta de una red de comunicación y la utilización obtenida de ellas, en las que las reglas entendemos que serán equiparables a las que rigen con respecto a la publicación de información en general.

A medida que se vayan produciendo más casos se irá perfilando una doctrina, seguramente facilitada por un mejor conocimiento de las nuevas tecnologías.

### 3.5. *El denominado ‘entorno virtual’*

La multiplicidad de contenidos que pueden encontrarse en los dispositivos electrónicos han llevado a que se hable de ‘entorno virtual’, es decir, a reconocer una especie de ‘*privacy* virtual’<sup>34</sup>, que en realidad protegería todos aquellos derechos que pueden verse afectados por las pesquisas en diferentes medios electrónicos y que en nuestro caso se traduciría en todos los contenidos en el art. 18 CE<sup>35</sup>.

Esa referencia al entorno virtual va a ser clave en a la hora de proteger los derechos que pueden verse en riesgo a causa de las nuevas tecnologías. Habría que crear una garantía específica para ‘el espacio virtual’ a la luz de la cantidad de información que puede contener y de todos los posibles derechos que pueden estar en juego, como de hecho

---

<sup>34</sup> Este término lo utiliza Pollicino si bien para referirse a la protección de datos. POLLICINO, Oreste: “La tutela de la *privacy* digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, pp. 195-244.

<sup>35</sup> En este sentido ZOCO ZABALA, Cristina: *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 68 y ss, y de la misma autora: “Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica”, en Chueca, Ricardo, *op. cit.*, p. 372 y ss. Quedaría excluida la inviolabilidad domiciliaria, pero incluso este pudiera verse afectado si alguno de los dispositivos estuviera conectado con control remoto con el domicilio.



ha propuesto el Tribunal Supremo<sup>36</sup>: “la razón de ser de la necesidad de esta autorización con carácter generalizado es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones a través de sistemas de mensajería, por ejemplo, tuteladas por el art 18 3º CE , contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1º CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE ). La consideración de cada uno de estos datos de forma separada y con un régimen de protección diferenciado es insuficiente para garantizar una protección eficaz, pues resulta muy difícil asegurar que una vez permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (por ejemplo, los contactos incluidos en la agenda), no se pueda acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual”.

Esa consideración del entorno virtual como derecho constitucional de nueva generación podría reputarse plausible desde un punto de vista material, pero resulta discutible desde un punto de vista formal, pues al no contar con la correspondiente formulación en el texto habría que dilucidar a qué derecho presente se vincula y, en función de ello, determinar el carácter de su garantía.

#### 4. CONCLUSIONES

Mucho se ha avanzado desde las primeras condenas a España por parte del TEDH y, como se ha expuesto, la LO 13/2015 ha cubierto numerosos vacíos y facilitado la labor de los jueces, sin embargo, aún

---

<sup>36</sup> STS 723/2018, de 23 de enero de 2019, y antes SSTS 342/2013, de 17 de abril, y 204/2016, de 10 de marzo, todas de la Sala Penal.

restan muchas dudas, que requerirán de un esfuerzo por parte de todos los operadores jurídicos.

En primer lugar, sin perjuicio de que la técnica parece inevitable que vaya por detrás del legislador, este debería ser más ágil y estar atento a los cambios significativos, buscando con mayor celeridad de la habitual respuestas ajustadas a las nuevas situaciones, facilitando la seguridad jurídica exigida, para ello sería conveniente la revisión periódica de las leyes que afectan a cuestiones tecnológicas.

Los cambios constantes y el desconocimiento tecnológico<sup>37</sup> propician la falta de certeza por parte de los jueces y que proliferen diferentes soluciones ante supuestos similares; incluso una mayor diligencia por parte del legislador no evitará el importante papel que están llamados a desempeñar los jueces para lo cual sería conveniente contar con peritos informáticos o tecnológicos para asesorar en estos campos al igual que sucede en otros en los que es preciso un conocimiento especializado.

Quizá haya llegado el momento de replantear qué estamos protegiendo y en qué forma hemos de hacerlo, mientras tanto hemos de ser conscientes de que Internet y los nuevos sistemas de comunicación nos han conducido a un mundo jurídicamente menos seguro; conviene olvidarnos de un modelo de protección 'parcelada' y plantear un modelo de protección global de los diferentes derechos del art. 18 CE. Las referencias al 'entorno virtual' a las que hemos hecho mención no pueden reputarse como una 'genialidad' de un juez inspirado sino que parece estar llamada a convertirse en un imperativo en esta sociedad hiperconectada en la que vivimos.

El propio legislador, en el Preámbulo de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales expresaba: "Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se aco-

---

<sup>37</sup> Esta cuestión era recogida el 4 de marzo de 2019 (república el 17 de mayo del mismo año) en un artículo titulado "El gran problema de la justicia española: 'muchos jueces no tienen ni idea de tecnología'" firmado por C. Otto en el diario digital *El Confidencial*.

meta este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”.

Por estos motivos, si en algún momento llega a abordarse la reforma de la constitución habría que modificar el art. 18 CE para adaptarlo a la situación actual, incluyendo expresamente la protección frente al acceso a dispositivos electrónicos y al ‘entorno virtual’. Tal opción, sin embargo, no significaría la creación de un nuevo derecho, sino meramente una nueva manifestación de una pluralidad de derechos que pueden verse afectados ante el uso de nuevas tecnologías. Semejante opción, sin embargo, debería ir acompañada de la necesidad de acabar con la rígida distinción de derechos que parece forjar el art. 18 CE, para ello, el factor que podría marcar la diferencia entre un garantía formal y otra material podría ser el medio, de modo que ante la necesidad de intervención de un medio tecnológico se requiera previa autorización judicial (manteniendo, claro está, la autorización en los casos de entrada domiciliaria) y dejando la garantía material de la intimidad para aquellos supuestos en los que no concurrieran esas circunstancias.

En definitiva, nuevos problemas requieren nuevas soluciones y el Derecho deberá aportar las mayores garantías para evitar que la tecnología se convierta en enemiga de los derechos. Todo ello sin necesidad de crear nuevos derechos, sino simplemente aportando a los existentes la dimensión que requieren los desafíos presentes y los que están por venir.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ASÍS GARROTE, Agustín: “El régimen de la criptología en el nuevo marco regulador de los servicios de telecomunicación”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2004, pp. 560-602
- CELESTE, Edoardo: “The Court of Justice and the Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios”, en *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, pp. 134-157.

- CHUECA, Ricardo (dir.): Las fronteras del derecho fundamental en la constitución normativa. CEPC, Madrid, 2019.
- COTINO HUESO, Lorenzo: “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, en *España Constitucional (1978-2018)*, vol. II, pp. 2353-2354.
- ELVIRA PERALES, Ascensión: Derecho al secreto de las comunicaciones. Iustel, Madrid, 2007.
- OCÓN, Juan: “Derecho a la intimidad y registro de dispositivos informáticos: a propósito del asunto Trabajo Rueda c. España”, en *REDC*, núm. 113, 2018, pp. 327-343.
- OCÓN, Juan: “La incidencia de las resoluciones del TEDH en la configuración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en *CARUSO FONTÁN, M.V. y PÉREZ ALBERDI, M.R. (dirs.): Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 259-272.
- POLLICINO, Oreste: “La tutela de la privacy digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, pp. 195-244.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2016.
- VILLARINO MARZO, Jorge: La privacidad en el entorno del cloud computing. Ed. Reus, Madrid, 2018.
- ZOCO ZABALA, Cristina: “Interceptación de las comunicaciones electrónicas”, en *InDret*, 4/2010.
- ZOCO ZABALA, Cristina: La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- ZOCO ZABALA, Cristina: Nuevas tecnologías y el control de las comunicaciones, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

# LA VIDA PRIVADA EN EL ÁMBITO LABORAL

**Juan María Bilbao Ubillos**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid  
juanmaria.bilbao@uva.es*

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las constantes en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es la afirmación de que, si bien el artículo 8 CEDH tiene como objetivo esencial proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir la abstención del Estado. A este compromiso negativo hay que añadir las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar, que pueden implicar la adopción de medidas relacionadas con el respeto a la vida privada, incluso en las relaciones entre particulares. No es fácil definir con precisión la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado con relación a este precepto, pero los principios aplicables son similares. Para determinar si existe tal obligación, será preciso tener en cuenta el necesario equilibrio entre el interés general y los intereses del individuo. El Estado goza, en cualquier caso, de un cierto margen de discrecionalidad.

El derecho a la vida privada es uno de esos derechos fundamentales “inespecíficos”, que ostenta el trabajador como ciudadano, y que se ejercen cotidianamente y con naturalidad en el ámbito laboral (como la libertad de expresión o la libertad religiosa, por ejemplo). En algunos casos, eso sí, su ejercicio se verá modulado “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” (STC 99/1994, de 11 de abril), al someterse a las condiciones o restricciones derivadas de las obligaciones contraídas en el contrato de trabajo. Porque en este ámbito “la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario

y la distinta posición que estos ocupan en las relaciones de trabajo, elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador” (STC 129/1989, de 17 de Julio). En cualquier caso, la inserción en una organización empresarial no implica la renuncia a los derechos constitucionales de los que es titular el trabajador, ni autoriza al empleador a adoptar medidas que lesionen su dignidad personal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, es bien conocida la inequívoca declaración contenida en la STC 88/1985: “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”. Tan rotunda afirmación se justifica con el siguiente argumento: “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho...”. Y es que “los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos” (STC 186/2000). El artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores recuerda que “el trabajador tendrá derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”. En todo caso, “la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador constituye más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de dudas e interrogantes que de afirmaciones claras y concluyentes, en la medida en que deja sin resolver el decisivo problema de la relación entre estos derechos y las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo” (W. Sanguineti, “Poderes empresariales y derechos de la persona del trabajador: el difícil equilibrio”, Trabajo y Derecho, n° 7, 2018), p. 3.

Vid. asimismo J.L. Goñi Sein, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, 1988; La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Civitas, 2007; “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral*, n° 39, 2009, pp. 11-58 y “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, en AA.VV.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, 2014, p. 44 y ss; T. Sala Franco, “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en E. Borrajo (dir.): *Trabajo y libertades Públicas*. La Ley, 1999, p. 205 y ss; R. Serrano Olivares, “El derecho

En la jurisprudencia del TEDH no es fácil encontrar un pronunciamiento nítido que reconozca expresamente la vigencia entre particulares (en el contexto de las relaciones laborales, más concretamente) del derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del Convenio. Como bien se sabe, las demandas se presentan contra uno de los Estados parte del Convenio y en ellas se denuncian injerencias imputables a las autoridades internas. Pero en último término la existencia de

---

a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 103, 2001, pp. 97 y ss; M.D. Rubio, *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, 2003; I. Marín Alonso, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant Lo Blanch, 2004; F. de Vicente Pacheco, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, *Tribuna Social*, n° 57, 2004, p. 30 y ss; M. Miñarro Yanini, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, *Tribuna Social*, n° 158, 2004, pp. 13 y ss; J.E. López Ahumada, La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 14, 2007; A. Desdentado Bonete y A.B. Muñoz Ruiz, *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, 2012 y “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 39, 2014, p. 16 y ss.; R. Gallardo Molla, “El derecho fundamental a la protección de datos y la video-vigilancia empresarial”, *Revista de Derecho Social*, n° 62, 2013, pp. 163 y ss.; L.J. Mieres, “La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: una visión desde la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 99-100, 2014, pp. 2083-2105; S. Rodríguez Escanciano, *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch, 2015; G. Fabregat, “El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave”, *Trabajo y Derecho*, n° 5, 2015, p. 76 y ss; R.K. Aparicio, *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico-laborales*. Aranzadi, 2016; F. Trujillo Pons, “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n° 41, 2016, pp. 119-132; C.H. Preciado Domech, *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*. Aranzadi, 2017; I. Jiménez-Castellanos, “Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos”, *Temas laborales*, n° 136, 2017, pp. 129-156; y F. Valdés Dal-Ré., “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, n° 79, 2017, pp. 15 ss.

obligaciones positivas de protección posibilita que esas autoridades sean también responsables de las lesiones causadas por un particular cuando los tribunales nacionales no han tutelado debidamente el derecho invocado por la víctima de esa violación cometida en la esfera de las relaciones privadas<sup>2</sup>.

Sirva como ejemplo el comunicado de prensa oficial sobre el caso *Barbulescu contra Rumania*, que luego comentaremos: “el asunto tiene por objeto la decisión de una empresa privada de poner fin al contrato de trabajo de un empleado tras haber vigilado sus comunicaciones electrónicas y haber tenido acceso a su contenido, así como al supuesto incumplimiento por los tribunales nacionales de su obligación de proteger el derecho del interesado al respeto de su vida privada y su correspondencia”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre la relevancia del Convenio en las relaciones entre particulares mediante la doctrina de las obligaciones positivas, vid. Xabier Arzo, “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21 (monográfico sobre Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, edición a cargo de Cristina Izquierdo y José María Rodríguez), 2017, p. 149-174. La teoría de las obligaciones positivas “deduce de las disposiciones sustantivas del Convenio obligaciones de los Estados de prevenir y, en su caso, perseguir violaciones de los derechos del Convenio cometidas por terceros. Por tanto, las vulneraciones de derechos cometidas por particulares se pueden combatir por medio del Convenio si se pueden construir razonablemente como déficits de protección imputables al Estado correspondiente: ya sea por la omisión del legislador interno, los órganos judiciales o las autoridades administrativas” (p. 171).

<sup>3</sup> Este razonamiento no es nuevo. Véanse, entre otras, la STEDH de 29 de febrero de 2000 en el caso *Fuentes Bobo contra España*: el Tribunal recuerda que el artículo 10 del Convenio se aplica no sólo a las relaciones entre empresario y empleado cuando éstas son de Derecho público, sino que también puede aplicarse cuando dichas relaciones se rigen por el Derecho privado. Además, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión contra intromisiones procedentes incluso de particulares. En análogo sentido, la STEDH de 12 de septiembre de 2011, en el asunto *Palomo Sánchez y otros contra España* (se analiza la compatibilidad con el art. 10 de los despidos de varios representantes sindicales en una empresa privada). Y, ya en relación con el artículo 8, la Sentencia dictada por la Gran Sala el 12 de junio de 2014 en el asunto *Fernández Martínez contra España*, o la decisión de inadmisión de 9 de marzo de 2004 en el caso *Wretlund c. Suecia*, que consideró legítima a la luz del art. 8.2 del Convenio la obligación impuesta a los trabajadores de una central nuclear de someterse a un test de consumo de drogas.



## 2. LA PROYECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN EL ÁMBITO LABORAL Y PROFESIONAL: SU INCIDENCIA EN EL ACCESO AL EMPLEO O EN LA PÉRDIDA DEL PUESTO DE TRABAJO

En la jurisprudencia del Tribunal, que se ha enfrentado a una rica casuística, no faltan declaraciones en las que asume con meridiana claridad esa proyección laboral, disipando cualquier duda al respecto. En este orden, la aplicabilidad del artículo 8 en el ámbito del empleo se funda en la idea de que la “vida privada” es una noción extensa, no susceptible de una definición exhaustiva, que en todo caso no puede ser reducida a un “círculo íntimo” donde cada uno puede llevar su vida personal como quiera, y alejarla o separarla totalmente del mundo exterior a este círculo. El respeto a la vida privada comprende también, en cierta medida, el derecho de los individuos a establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes, incluso en la esfera profesional o comercial<sup>4</sup>, lo que no permitiría, por ejemplo, establecer límites precisos en relación con la actividad personal o profesional de una persona. Engloba pues aspectos de la identidad síquica y social de un individuo, incluido su derecho “al desarrollo personal”, a la “plenitud personal” o la “autonomía” o “autodeterminación” como tal. El Tribunal ha subrayado la importancia para los individuos de poder decidir libremente sobre la manera en la que desean llevar su vida privada y familiar<sup>5</sup>. Si bien se mira, es en el lugar de trabajo donde las personas anudan un gran número de relaciones con el mundo exterior (STEDH de 16 diciembre 1992, en el caso *Niemietz contra Alemania*<sup>6</sup>). En resumen, la vida profesional forma parte de esa zona

---

<sup>4</sup> STEDH de 7 de agosto de 1996, en el caso *C. contra Bélgica*

<sup>5</sup> Una visión crítica de esta expansión jurisprudencial de la noción de “vida privada”, en A.J. Gómez Montoro, “Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passé-partout* del art. 8 CEDH”, en AA.VV: *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, 2016, p. 640 y ss. El TEDH ha convertido este derecho en un cajón de sastre, en un derecho “atrapalotodo” (*catch-all*), por utilizar la conocida expresión de Kirchheimer.

<sup>6</sup> La garantía de este derecho se extiende al contenido de los mensajes electrónicos, en la medida en que estos correos, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado

de interacción entre el individuo y los demás que, aun en un contexto público, puede incidir en la “vida privada”.

Así pues, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no hay ninguna razón de principio para considerar que la “vida privada” excluya las actividades de naturaleza profesional. De este modo, ciertas restricciones impuestas en la vida profesional pueden recaer bajo el ámbito del artículo 8, cuando repercuten sobre el modo en el que el individuo forja su identidad social para el desarrollo de las relaciones con sus semejantes. Además, la vida profesional está a menudo estrechamente entrelazada con la vida privada, muy particularmente cuando factores ligados a la vida privada, en el sentido estricto del término, son considerados como criterios de cualificación para una determinada profesión (Sentencia de 19 de octubre de 2010 en el asunto *Özpinar contra Turquía*). Así, pueden atentar contra el derecho a la vida privada tanto las restricciones impuestas en el momento del acceso a una profesión (STEDH de 28 de mayo de 2009, en el asunto *Bigaeva contra Grecia*, en relación con el acceso a la profesión de abogado<sup>7</sup>) como las que determinan la pérdida del puesto de trabajo (STEDH de 9 de enero de 2013, en el caso *Oleksandr Volkov contra Ucrania*<sup>8</sup>).

En este orden, la premisa de la que hay que partir, como regla general, es la irrelevancia de la conducta privada del trabajador: ni puede condicionar el acceso al empleo ni puede ser causa de despido, a no ser que afecte al desempeño de la prestación laboral.

---

<sup>7</sup> Vid. asimismo la STEDH de 27 de julio de 2004, en el caso *Sidabras y Džiautas contra Lituania*. En este caso, los demandantes fueron discriminados –perdieron su empleo en 1999– por haber trabajado antes de la independencia, en la época soviética, como agentes del KGB. Y la ley les prohibía ocupar ciertos empleos tanto en el sector público como en el privado en razón de su profesión anterior.

<sup>8</sup> En este caso, el demandante se quejaba, entre otras cosas, de que su revocación del cargo de Juez del Tribunal Supremo constituyó una injerencia en su vida privada y profesional incompatible con el artículo 8 del Convenio. Porque esa destitución se basó en la supuesta ruptura del juramento, lo que afectaba sin duda a su reputación profesional, a sus relaciones de naturaleza profesional con otras personas. Y tuvo además un impacto en su círculo íntimo, pues la pérdida de su trabajo tuvo consecuencias tangibles para el bienestar material del demandante y de su familia.

Bien elocuente en este sentido es la Sentencia dictada el 3 de octubre de 2013 en el *asunto I.B. contra Grecia*, que trae causa del despido de un trabajador seropositivo por la presión ejercida por los otros empleados de la empresa<sup>9</sup>. El demandante alega una violación de su

---

<sup>9</sup> El demandante trabajaba desde 2001 en una empresa de fabricación de joyas. En enero de 2005, confesó a tres de sus compañeros su temor a haber contraído el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), sospecha confirmada por un test posterior. Su empleador recibió poco tiempo después una carta de esos tres compañeros en la que le indicaban que el demandante tenía el SIDA y que la empresa debería despedirle. Diversas informaciones sobre el estado de salud del demandante circularon en la empresa que contaba con 70 trabajadores. El personal exigía el despido. Un médico del trabajo, invitado por el empleador, intentó tranquilizar a los trabajadores explicándoles las precauciones que tendrían que adoptar. Pero el 21 de febrero de 2005, 33 empleados de la empresa remitieron a la dirección una carta en la que le instaban a separar al demandante para salvaguardar su salud y su derecho al trabajo. El 23 de febrero, la empresa despidió al demandante abonándole la indemnización prevista legalmente. Este encontró poco tiempo después otro empleo en otra empresa.

El demandante acudió al Tribunal de primera instancia de Atenas, que consideró su despido ilegal, al estar motivado únicamente por el estado de salud del demandante y subrayó que la actitud del empleador constituyó un abuso de derecho, porque decidió despedirle para preservar lo que de manera errónea consideraba un clima de trabajo pacífico en el seno de la empresa. Pero no consideró necesaria su readmisión, ya que había encontrado otro trabajo. Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal de Apelación admitió que el empleador había despedido al demandante cediendo a las presiones del personal con el fin de preservar un buen clima de trabajo en su empresa. Y consideró que los temores de los empleados de la empresa se fundaban en reacciones científicamente injustificadas como les había explicado el médico del trabajo, porque si la enfermedad de un trabajador no tenía un efecto desfavorable sobre la relación laboral o el buen funcionamiento de la empresa, no podía servir de justificación objetiva para la rescisión del contrato. El Tribunal reconoció expresamente que la “seropositividad” del demandante no afectaba a su capacidad para ejecutar su trabajo ni cabía presagiar una incidencia desfavorable en su contrato que pudiera justificar su extinción. Tampoco estaba amenazada la existencia misma de la empresa por las presiones ejercidas por los trabajadores. La necesidad de proteger los intereses del empleador debe ponderarse con la necesidad de proteger los intereses del empleado, que es la parte más débil del contrato, mucho más cuando ese empleado es seropositivo.

En cambio, la Corte de Casación no procedió a una ponderación de todos los intereses en juego tan cuidadosa y profunda como la que hizo el Tribunal de apelación. No se molestó en rebatir el hecho de que la infección del demandante no tenía un efecto perjudicial en la ejecución de su contrato de trabajo y fundó su decisión en un dato manifiestamente inexacto, el carácter contagioso del

derecho a la vida privada, al haberse considerado legal en casación su despido motivado por el hecho de que era portador del VIH y denuncia asimismo que esa decisión fue discriminatoria (art. 14 CEDH), porque el motivo aducido –la necesidad de preservar el clima de trabajo en la empresa- no podía servir de justificación para un trato diferenciado, menos favorable que el dispensado a sus compañeros. A su juicio, la falta de protección de su esfera privada contra la injerencia del empleador comprometería la responsabilidad del Estado<sup>10</sup>.

---

demandante. De este modo atribuyó al buen funcionamiento de la empresa el significado y el sentido que deseaban atribuirle los trabajadores, identificando la definición de ese buen funcionamiento de la empresa con la percepción subjetiva y errónea que tenían los trabajadores.

<sup>10</sup> El demandante sostiene que el hecho de que su queja se refiera a las circunstancias de su despido no excluye en principio la aplicabilidad en este caso del artículo 8 del Convenio y de la teoría de las obligaciones positivas. La actitud de sus compañeros y de su empleador han tenido efectos que no pueden calificarse de insignificantes sobre su vida privada. Fue objeto de una estigmatización inmediata, directa y efectiva por parte de sus compañeros y fue tratado como un paria que ya no debería tener el derecho de trabajar. Además, el demandante estima que su empleador habría podido y debido adoptar una actitud diferente respecto de él, insistiendo en el hecho de que la seropositividad no es una causa de despido, en lugar de hacer de esa circunstancia una cuestión a negociar con los demás trabajadores. El interesado expresó su deseo de conservar su empleo a pesar de las reacciones hostiles y el marcaje social del que podría ser objeto. Porque el empleo constituye un elemento importante del respeto de cada uno a sí mismo que es esencial para la capacidad de entablar relaciones sociales y privadas.

El demandante se refiere también a diversos instrumentos internacionales, como la Recomendación n° 200 de la OIT sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo o la Resolución 1536 (2007) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, que, según él, definen la estigmatización en el ámbito laboral y apelan a una protección de las personas afectadas por el virus contra toda forma de discriminación. E invoca también en apoyo de su tesis varias sentencias dictadas por los Tribunales Supremos de numerosos países que se han pronunciado en favor de las personas seropositivas en el contexto del trabajo, en especial la sentencia *Hoffmann v. South African Airways* del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, que declaró que los prejuicios contra una determinada categoría de personas no constituye un interés profesional legítimo. El demandante insiste en que si no se considera ilegal despedir a un individuo que pertenece a un grupo vulnerable porque sus compañeros se niegan a trabajar con él debido a sus prejuicios, eso conduce a la discriminación y a la exclusión a gran escala: bastaría con que esos compañeros se negasen a trabajar con una persona por su origen étnico, su orientación sexual o su estado de salud para que el empleador los

La respuesta del Tribunal sobre la aplicabilidad del art. 8 en este ámbito es inequívoca: “no cabe ninguna duda de que las cuestiones relativas al empleo así como a las situaciones que afectan a personas portadoras del VIH entran en el campo de aplicación de la vida privada. No podría ser de otro modo, porque la epidemia del VIH no puede considerarse solamente como un problema médico ya que sus efectos se hacen sentir en todas las esferas de la vida privada”. Este caso presenta una particularidad que lo distingue de todos los anteriores<sup>11</sup> y es que se trata del despido de un trabajador afectado por el virus VIH. A nadie se le oculta de que si el motivo aducido en apoyo de ese despido era la preservación de un buen ambiente de trabajo dentro de la empresa, el hecho generador fue el anuncio de la seropositividad del interesado. Es este hecho el que provocó el rechazo de sus compañeros que se negaron a trabajar con él, pese a las garantías ofrecidas por el médico del trabajo invitado por el empleador para explicarles el modo de transmisión del virus, los esfuerzos del propio empleador para convencerle de que abandonara la empresa y la amenaza expresa de los empleados de perturbar el funcionamiento de la empresa mientras el demandante siguiera presente en ella.

Está claro, añade el Tribunal, que el despido del demandante conduce a estigmatizar a una persona que, si bien es portadora del VIH, no presenta ningún síntoma de la enfermedad. Esa medida tiene gra-

---

despidiese. Si los tribunales no intervienen, esos prejuicios de terceros tendrían como efecto la exclusión de los miembros de un grupo vulnerable de la mayor parte de los empleos del sector privado. A su juicio, varios factores justificarían en este caso que el margen de apreciación de que dispone el Estado sea más reducido: el innegable prejuicio de sus compañeros contra las personas seropositivas, el hecho de que estas últimas formen parte de un grupo particularmente vulnerable, sean víctimas de tratamientos discriminatorios sistemáticos y sufran estigmatización, exclusión social y marginación, y el hecho de que el estado de persona seropositiva es irreversible y se toma a menudo como un indicador de las preferencias sexuales del afectado. Por lo que concierne concretamente al despido de un trabajador seropositivo, la estigmatización que provoca es devastadora. El interesado tendrá que enfrentarse no sólo a su enfermedad, sino también al efecto destructor del despido motivado por la enfermedad. Y le sería muy difícil o prácticamente imposible encontrar un nuevo empleo.

<sup>11</sup> STEDH de 10 de marzo de 2011 en el asunto *Kiyutin contra Rusia*, por ejemplo, en el que la restricción impuesta al derecho del demandante era consecuencia directa de un acto de los poderes públicos.

ves repercusiones sobre su personalidad, sobre el respeto que se le debe mostrar, y en último término, sobre su vida privada. A esto se añade la incertidumbre ligada a la búsqueda de un nuevo empleo, una posibilidad que parece razonablemente lejana teniendo en cuenta los precedentes. El hecho de que el demandante lo encontrase tras su despido no es suficiente para borrar los nefastos efectos de la experiencia vivida sobre su capacidad de llevar una vida personal normal

El Tribunal constata en este supuesto la violación del art. 8 CEDH, al considerar que los tribunales internos basaron su decisión en un dato manifiestamente inexacto, el carácter contagioso de la enfermedad del demandante. No justificaron suficientemente las razones por las que hicieron prevalecer los intereses del empleador sobre los del demandante y no ponderaron correctamente los derechos en conflicto. El demandante ha sido víctima de una discriminación fundada en su estado de salud infringiendo así el art 8, combinado con el art. 14 (prohibición de discriminación)<sup>12</sup>.

Pero antes de dictar esa sentencia emblemática, el Tribunal ya se había pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance de la tutela que brinda el artículo 8 del Convenio cuando la pérdida del empleo viene motivada por la conducta del trabajador en su esfera privada. Mediante dos sentencias fechadas el 23 de septiembre de 2010, el Tribunal resolvió dos asuntos muy similares con un denominador común: las demandas se presentan contra Alemania por dos trabajadores que prestaban sus servicios en una organización religiosa y fueron despedidos por el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal. En ambos casos, el Tribunal examina si el equilibrio alcanzado por los tribunales laborales entre el derecho al respeto de la vida privada de los demandantes garantizado por el artículo 8 CEDH y el derecho de las comunidades religiosas, en este caso las Iglesias católica y mormona, a la tutela de su autonomía frente a toda injerencia injustificada del Estado, ha ofrecido a los interesados una protección suficiente. Los demandantes tuvieron la posibilidad de llevar el asunto ante los

---

<sup>12</sup> El Tribunal recuerda que en su decisión en el caso *Kiyutin* ya había considerado que el estado de salud de una persona, sobre todo un problema de salud como la seropositividad, debería considerarse como un motivo de discriminación comprendido en la expresión “cualquier otra situación” incluida en el texto del artículo 14 del Convenio, en los mismos términos que la discapacidad.

tribunales laborales para que éstos examinasen la licitud de los despidos controvertidos y en los dos casos el Tribunal Federal de Trabajo consideró que las exigencias de las respectivas Iglesias en materia de fidelidad conyugal no entraban en contradicción con los principios fundamentales del orden jurídico.

En el primer caso, el asunto *Schüth contra Alemania*, llegó a la conclusión de que el Estado demandado no había proporcionado al demandante la protección necesaria, infringiendo de ese modo el derecho al respeto de su vida privada y familiar. Bernhard Josef Schüth era desde el año 1980 organista y director del coro de una parroquia católica. En 1994 se separó de su esposa y desde 1995 vivía con su nueva pareja. En julio de 1997, después de que los hijos del demandante revelasen en la escuela infantil que su padre iba a ser papá de nuevo, el párroco se entrevistó con él y algunos días más tarde fue despedido tras el preceptivo preaviso por adúltero. El demandante acudió a los tribunales laborales, pero éstos confirmaron en última instancia la legalidad del despido.

El Tribunal constata el carácter sucinto del razonamiento de los tribunales alemanes en lo que concierne a las consecuencias que se derivan del comportamiento del demandante. El Tribunal de Apelación se limita a explicar que las funciones del interesado en tanto que organista y jefe del coro no encajarían dentro de la categoría de empleados que en caso de grave comportamiento reprochable deberían ser expulsados, pero eran tan próximas a la misión de proclamación de la Iglesia católica que la parroquia no podía mantenerle en su puesto sin perder toda su credibilidad.

Para el Tribunal, no se sopesaron los intereses de la Iglesia empleadora con el derecho del demandante a su vida privada y familiar, sino únicamente con el derecho a mantener su empleo. Además, el sistema tributario no permite al empleado ocultar a su empleador acontecimientos relativos a su estado civil, como un divorcio o el nacimiento de un hijo, por ejemplo. Al calificar el comportamiento del demandante de falta grave, con arreglo al reglamento fundamental, los tribunales laborales consideraron el punto de vista de la Iglesia como determinante sin proceder a otras verificaciones, cuando se imponía un examen más pormenorizado que pusiera en la balanza los derechos e intereses en juego, individuales y colectivos, a la luz del

principio de proporcionalidad. A juicio del Tribunal Constitucional Federal, una Iglesia puede exigir de sus empleados el respeto a ciertos principios, pero la relación laboral no se transforma por ello en un estatuto eclesial. Al suscribir su contrato de trabajo, el demandante aceptó un deber de lealtad hacia la Iglesia católica que limita en cierta medida su derecho a la vida privada; su firma podría interpretarse como un compromiso personal inequívoco en orden a vivir en la abstinencia en caso de separación o divorcio. Los tribunales laborales no dieron la debida relevancia al hecho de que el caso no había tenido repercusión pública en los medios y el demandante, tras catorce años de servicio en la parroquia, no parece que hubiera combatido en ningún momento las posiciones de la Iglesia católica, sino que parece más bien haber fallado a la hora de respetar esas reglas en la práctica y tampoco al hecho de que el comportamiento en cuestión forma parte del corazón mismo de su vida privada. Finalmente, el Tribunal de Apelación se limitó a indicar que no ignoraba las consecuencias del despido para el demandante, pero sin precisar los elementos que había tomado en consideración. Y en este punto el hecho de que un empleado despedido por un empleador eclesial tenga muy pocas posibilidades de encontrar un nuevo empleo reviste una especial importancia, como ocurre en este caso, puesto que la formación del trabajador despedido reviste un carácter tan particular que le resulta muy difícil, casi imposible, encontrar un nuevo puesto fuera de la Iglesia empleadora. Por lo tanto los tribunales internos no explicaron suficientemente por qué, de acuerdo con las conclusiones del Tribunal de Apelación Laboral, los intereses de la parroquia prevalecen sobre los del demandante, y no ponderaron los derechos en conflicto de una manera conforme con el Convenio.

En cambio, en el **asunto Obst contra Alemania**, el Tribunal no apreció la existencia de una violación del artículo 8 en el despido de un director de relaciones públicas de la Iglesia mormona por el mismo motivo, el incumplimiento de la obligación de fidelidad conyugal. El Tribunal Federal de Trabajo puso el acento en el hecho de que la Iglesia mormona pudo basar el despido en el adulterio del demandante porque él mismo le había informado de esa circunstancia. Y entendió que podía considerarse una medida necesaria en orden a preservar la credibilidad de la Iglesia, teniendo en cuenta sobre todo la naturaleza del puesto que ocupaba y la importancia que revestía la



fidelidad absoluta a la institución. Además, según el Tribunal de Apelación Laboral, el perjuicio causado al demandante por su despido era limitado dada su edad (poco avanzada). En definitiva, los tribunales laborales tomaron en consideración todos los elementos pertinentes y procedieron a una ponderación detallada y profunda de los intereses en juego. Y el hecho de que otorgaran más peso a los intereses de la Iglesia mormona que a los del demandante no tiene por qué suscitar un problema en relación con el Convenio. La conclusión a la que llegaron, esto es, que el demandante no fue sometido a obligaciones inaceptables, no parece irrazonable. En efecto, por haber crecido en el seno de la Iglesia mormona, tendría que ser consciente en el momento de suscribir su contrato de trabajo de la importancia que revestía la fidelidad matrimonial para su empleador y de la incompatibilidad de su relación extraconyugal con las obligaciones de lealtad hacia la Iglesia que había contraído al ser designado director para Europa de su departamento de relaciones públicas. El que ocupase un puesto de especial responsabilidad y visibilidad es un dato decisivo y explica que el asunto se resolviese de forma diferente. Ese deber de lealtad impuesto al demandante era aceptable en la medida en que tenía como objetivo preservar la credibilidad de la Iglesia mormona. Pero, como señaló expresamente el Tribunal de Apelación, el que en este asunto se llegara a esa conclusión no significa que cualquier adulterio constituya en sí mismo una causa justificada de despido de un trabajador de una Iglesia. El Tribunal tiene en cuenta en este caso concreto que el Estado dispone de un margen de apreciación más amplio y sobre todo el hecho de que los tribunales alemanes se esforzaron en encontrar un equilibrio entre los diversos intereses privados, con un resultado compatible con el artículo 8 del Convenio, que no obligaba al Estado a ofrecer al demandante una protección superior.

En esta misma línea se inscribe la decisión adoptada por la Gran Sala del Tribunal el 12 de junio de 2014 en el **asunto Fernández Martínez contra España**. En este caso, resuelto previamente mediante una sentencia de una Sala de la Sección Tercera fechada el 15 de mayo de 2012, quien presenta la demanda es un sacerdote secularizado que, pese a haber contraído matrimonio civil, había sido contratado como profesor de religión católica en un centro público durante 5 cursos, cesando en ese puesto en virtud de un oficio del obispo de Cartagena, que dispuso la no renovación de su contrato. Según el demandante,

tal decisión se adoptó tras hacerse pública y notoria su condición de cura casado y padre de cinco hijos y su pertenencia al movimiento pro celibato opcional, con motivo de la publicación de un reportaje en un diario local<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> El demandante, que se había ordenado sacerdote en el año 1961, pidió en el año 1984 la dispensa, que le fue concedida en 1997. En 1985 contrajo matrimonio civil. En octubre de 1991, a propuesta del Obispo de Cartagena, inició la prestación de servicios como profesor de religión y moral católicas en un Instituto de Caravaca (Murcia), continuando en los cursos sucesivos en los centros de dicha ciudad hasta el año 1995. En el curso 1996-1997 pasó a prestar sus servicios en el Instituto de Mula (Murcia), siendo cesado por el Obispo en virtud de un oficio de noviembre de 1997. En el comunicado de prensa remitido por el Obispado a diversos medios de comunicación se justificaba su despido por su participación en el Movimiento Pro-celibato Opcional (MOCEOP), integrado por sacerdotes y ex-sacerdotes católicos, o más exactamente, por hacer pública su situación, añadiendo que a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas, salvo en casos muy excepcionales en los que el Obispo, siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia. En dicho comunicado se dice que la decisión se ha adoptado también “por respeto a la sensibilidad de muchos padres de familia que se sentirían contrariados al conocer públicamente la situación” del profesor. Se hacía referencia a la noticia aparecida un año antes (11/11/1996) en el diario “La Verdad” sobre la negativa de un monasterio a abrir sus puertas para que un grupo de curas casados pertenecientes al movimiento antes citado celebrasen una misa. La noticia incluía una foto del recurrente y su familia y recogía declaraciones de algunos de los presentes favorables a un celibato opcional, a la democratización de la Iglesia y al control de natalidad. El demandante, tras haber interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la decisión de su cese, que concluyó con la declaración de incompetencia de este orden jurisdiccional, promovió demanda de despido, alegando la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la vida privada (art. 18 CE) y a las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE), que fue estimada por una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, fechada el 28 de septiembre de 2000, que declaró nulo el despido y, en consecuencia, condenó a la Comunidad Autónoma de Murcia a la inmediata readmisión del trabajador. El Juez llegó a la conclusión de que el actor fue discriminado por razón de su estado civil y por su pertenencia a la mencionada asociación, imputando a los demandados la vulneración de los arts. 14, 18.1 y 20.1 de la CE. El Obispado de Cartagena, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Administración del Estado interpusieron recursos de suplicación contra la anterior Sentencia, que fueron estimados por la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Región de Murcia de 26 de febrero de 2001, que consideró, en síntesis, que no había existido despido, sino sólo una no renovación de un contrato temporal (con la consiguiente extinción *ope legis* del

Ante el Tribunal de Estrasburgo, el demandante alega la vulneración del artículo 8, tanto tomado aisladamente como puesto en relación con el artículo 14, al entender que la no renovación de su contrato como profesor de religión y moral católica en un instituto público

---

contrato), descartando la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Contra esta última decisión recurrió el demandante en amparo. En su Sentencia 128/2007, de 4 de junio, el Tribunal Constitucional revisa la ponderación de los derechos en conflicto efectuada por la sentencia impugnada y constata, en primer lugar, la motivación estrictamente religiosa de la decisión del Obispado: es innegable que responde a criterios de carácter religioso y moral, que, a juicio de la autoridad eclesiástica, son determinantes de su falta de idoneidad para impartir ese tipo de enseñanza, como consecuencia de la falta de sintonía o discordancia de la conducta personal y las opiniones del demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica. En la Sentencia recurrida no se niega la posibilidad del control jurisdiccional de la decisión de la autoridad eclesiástica, ni se elude la ponderación de los derechos fundamentales concurrentes con el de la libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE). En este caso, la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica, en conexión con la libertad de expresión, no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos, dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas. En vista de ello, deniega el amparo. Acompaña a la Sentencia el Voto Particular suscrito por los Magistrados Sala Sánchez y Pérez Vera, para quienes la constatación de que la decisión obedece a una motivación religiosa no es suficiente para considerarla respetuosa con los mandatos constitucionales. A su juicio, una adecuada ponderación habría llevado a otorgar el amparo. De hecho, el Tribunal estimó con posterioridad – en la STC 51/2011, de 14 de abril– el recurso de amparo presentado por una profesora de religión, Resurrección Galera, a la que no se le renovó el contrato por haber contraído matrimonio civil con una persona divorciada. En este caso, el resultado de la ponderación es bien distinto: “La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que [...] esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente... su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”.

constituía una intromisión injustificada en el ejercicio de su derecho a la vida privada<sup>14</sup>.

En su primera Sentencia, la de 2012, el Tribunal sigue la pauta establecida en el caso *Obst* y llega a la conclusión, por seis votos contra uno, de que no se violó el derecho a la vida privada del profesor. Considera la Sala que los tribunales competentes habían demostrado, mediante un razonamiento suficientemente detallado, que las obligaciones de lealtad impuestas al demandante eran aceptables en la medida en que tenían como objetivo preservar la sensibilidad del público y de los padres de los alumnos del instituto y que la exigencia de reserva y de discreción era aún más importante en este caso, porque los destinatarios directos de las enseñanzas del demandante eran niños, menores de edad, vulnerables e influenciables por naturaleza<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> En la demanda se invocan también como infringidos los derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión consagrados en los artículos 9 y 10 del Convenio, porque fue la publicidad dada a su situación familiar y personal de sacerdote casado la que originó la no renovación de su contrato. Conviene recordar que en este mismo ámbito educativo puede suscitarse un conflicto entre la libertad ideológica del profesor y el ideario del centro docente privado en el que presta sus servicios. En la STC 47/1985, que estimó el recurso de amparo interpuesto por una profesora despedida de un colegio privado, no concertado, por no ajustarse en su actividad profesional al ideario del centro, el Tribunal recuerda que los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro y en consecuencia, no pueden dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, de modo que una actividad docente hostil o contraria al mismo puede ser causa legítima de despido, siempre que empresario pruebe tales hechos. Pero el respeto a la libertad ideológica impide que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro sea causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro. Lo que no había podido probarse en ese caso (la recurrente fue despedida por haber declarado en privado a la dirección del centro no ser católica).

<sup>15</sup> Para María José Valero ( “El derecho de los profesores de religión católica al respeto de su vida privada y familiar”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 33, 2013, p. 15 y ss), esta decisión se inscribe en una línea jurisprudencial confusa e inconsistente: “hasta la fecha el Tribunal parece no haber sabido definir una línea doctrinal consecuente y homogénea a la hora de abordar los conflictos que se plantean entre las Iglesias y sus empleados laicos, optando por lo que se podría interpretar como una resolución muy circunstanciada de los casos que abunda en su creciente tendencia a aportar soluciones simples a casos complejos y a funcionar aparentemente más en clave ideológica o política, que jurídica. La confusión es mayor si se

La ruptura del vínculo de confianza entre la Iglesia y el profesor de religión justificaría la decisión del obispo.

La Sala recuerda que en Derecho español la noción de autonomía de las comunidades religiosas se complementaba con el principio de neutralidad religiosa del Estado, que le prohíbe pronunciarse sobre cuestiones tales como el celibato de los sacerdotes. La sentencia del Tribunal Constitucional admitió la posibilidad de un control judicial de la decisión del Obispo para asegurarse de que se respetaban los derechos fundamentales y las libertades públicas, pero advirtió que la definición de los criterios religiosos o morales que pueden justificar la no renovación del contrato competía exclusivamente a la autoridad religiosa. La sentencia considera que las circunstancias que motivaron la no renovación del contrato del demandante eran de naturaleza estrictamente religiosa y que las exigencias de los principios de libertad religiosa y de neutralidad le impedían ir más allá a la hora de enjuiciar la necesidad o proporcionalidad de esa decisión. En cualquier caso, se deja una puerta abierta: los tribunales podrían extraer una conclusión diferente si averiguasen que otros motivos, que no fueran de carácter estrictamente religioso, habían sido determinantes de la decisión de no renovar al candidato<sup>16</sup>.

---

advierte cómo la doctrina de Estrasburgo parece haber sido mucho más atenta a la tutela del derecho de las confesiones religiosas a su autonomía institucional en aquellos casos en que las reclamaciones de índole profesional tienen su origen en disputas que enfrentan a las Iglesias con miembros de su clero o con sus ministros de culto” (p. 15). A su juicio, “la condición de sacerdote del demandante parece decisiva para que el Tribunal acoja de forma inmediata que los motivos que justificaron la decisión del Ordinario diocesano eran estrictamente religiosos, y que, por ello, cualquier examen de proporcionalidad que se pretendiese ante la jurisdicción civil quedaba vetado por los principios de libertad religiosa y neutralidad” (p. 24). Esta primera sentencia del Tribunal fue criticada también por F. Javier Matia (“Un paso atrás en la tutela de los derechos humanos con respecto al Estado español”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 15, 2012, pp. 11-14).

<sup>16</sup> De esta decisión discrepa el Juez español Saiz Arnaiz, que formula una opinión parcialmente disidente. Llama la atención, en primer lugar, sobre el hecho de que en este caso la decisión de no renovación fue tomada por la Administración Pública y no por la autoridad eclesiástica (se adoptó a propuesta del Obispo, pero no por éste, que no es, en rigor, el empleador). Es un dato importante, que marca la diferencia con otros precedentes mencionados por el Tribunal, en los que eran las organizaciones religiosas las que contrataban directamente su

El demandante reitera su queja ante la Gran Sala. A su juicio, la sentencia de Sala postergó su derecho a la vida privada y familiar en beneficio de un nuevo derecho absoluto de la Iglesia católica, a saber, el de despedir libremente por motivos irrisorios o insignificantes. Estima que la decisión de no renovación tomada a raíz de la publicidad dada a su situación personal y familiar era claramente desproporcionada.

De entrada, la Gran Sala no duda en afirmar que el artículo 8 debe ser tomado en consideración en este caso en la medida en que engloba el derecho del demandante a seguir con su vida profesional, su derecho al respeto de su vida familiar y su derecho a llevar su vida familiar a plena luz del día. Es verdad que no se puede inferir del citado precepto un derecho genérico al trabajo o a la renovación de un contrato de trabajo temporal, pero el Tribunal ya ha reconocido la aplicabilidad del artículo 8 en el ámbito del empleo. Pues bien, en este caso, “la interacción entre vida privada *stricto sensu* y vida profesional es tanto más llamativa al exigir este tipo de trabajo no solo capacidades técnicas, sino también la capacidad de “destacar por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica”, creando así un vínculo directo entre el comportamiento en la vida privada y la actividad profesional”. En estas condiciones, la mayoría del Tribunal (9 votos contra 8) considera que la no renovación del contrato del demandante, debido a acontecimientos ligados principalmente a opciones personales elegidas por él mismo en su

---

personal, sin intervención de la Administración. Por otra parte, la Sala ha otorgado a los derechos de la Iglesia Católica, que se derivan de los artículos 9 y 11 del Convenio, una prioridad absoluta respecto del derecho del interesado a su vida privada, que ha sido simplemente ignorado. La ausencia de ponderación implica que el Tribunal admite que la publicación de la situación personal del demandante convierte a un profesor apto para la enseñanza en un individuo que ya no lo es. Sin que sea necesario justificar la tesis del escándalo ante la Administración responsable de la Educación, que es la que contrata y paga a este profesor. Lo cierto es que una situación que el Obispo había considerado en un principio compatible con la enseñanza de la religión dejó de serlo en el momento en que fue objeto de una información periodística, porque esa situación ya era conocida por parte del entorno del demandante antes de la publicación del artículo. En este contexto, es inadmisibles recurrir a la noción de “escándalo” fundada en la aplicación del Derecho canónico para justificar la no renovación.

vida privada y familiar, comprometió gravemente sus posibilidades de ejercer su actividad profesional específica. Por lo que resulta de aplicación el artículo 8.

Pero, a diferencia de lo sostenido por la Sala (y en la línea apuntada por el Voto Particular de Saiz Arnaiz), la Gran Sala imputa la decisión controvertida a un poder público y no directamente a las autoridades eclesiásticas. En este caso, aclara, no se trata de determinar si el Estado tenía la obligación, dentro de sus obligaciones positivas resultantes del artículo 8, de hacer prevalecer el derecho del demandante al respeto de su vida privada sobre el derecho de la Iglesia Católica de rechazar la renovación del contrato. Coincide en este punto con el Tribunal Constitucional que en su sentencia ya advirtió que aunque la decisión no fue tomada en realidad por una autoridad pública, bastaría que esta autoridad hubiera intervenido en una fase posterior para poder considerarla un acto de una autoridad pública. Fue la Administración educativa en tanto que empleador del demandante directamente implicado en el proceso decisorio, la que ejecutó la decisión tomada por el Obispo. Aunque el margen de maniobra del Estado era muy limitado, lo cierto es que si el Ministerio de Educación no hubiera puesto en práctica la decisión episcopal, el contrato del demandante habría sido renovado. Por ese motivo, el Tribunal considera que, en las circunstancias del caso, la conducta de los poderes públicos ha constituido una injerencia en el ejercicio del derecho del demandante a su vida privada<sup>17</sup>.

La Gran Sala considera que la decisión de no renovación en cuestión estaba prevista por la ley y perseguía el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, en este caso los de la Iglesia Católica, y particularmente su autonomía en cuanto a la elección de las personas habilitadas para impartir su doctrina. En cuanto a la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el Tribunal recuerda que, cuando está llamado a pronunciarse sobre un conflicto entre dos derechos igualmente protegidos por el Convenio, debe rea-

---

<sup>17</sup> En cuanto a la responsabilidad del Estado como empleador, el Tribunal señala que, a diferencia de los demandantes en los dos asuntos alemanes anteriormente citados, que estaban empleados por sus Iglesias respectivas, el ahora demandante, al igual que todos los profesores de religión en España, estaba empleado y pagado por el Estado.

lizar una ponderación de los intereses en juego, en este caso entre el derecho del demandante a su vida privada y familiar y el derecho de las organizaciones religiosas a la autonomía.

En la medida en que el artículo 8 del Convenio ampara el derecho a “la plenitud personal”, huelga decir que el derecho de un individuo a casarse y hacer pública su elección está protegido por el Convenio. En relación con la autonomía interna de los grupos confesionales<sup>18</sup>, el artículo 9 del Convenio no garantiza ningún derecho a la disidencia en el interior de una comunidad religiosa; en caso de desacuerdo doctrinal u organizativo entre una entidad religiosa y uno de sus miembros, la libertad religiosa del individuo se ejerce mediante su facultad de abandonar libremente la comunidad<sup>19</sup>.

Pero el Tribunal no se limita a reconocer, como punto de partida y sin apenas reservas, esa autonomía de las confesiones religiosas, sino que aborda a renglón seguido una cuestión muy delicada: el alcance del “deber de lealtad” de sus empleados. Y afirma que las comunidades religiosas “pueden exigir un cierto grado de lealtad por parte de las personas que trabajan para ellas o que las representan”, siendo “la naturaleza del puesto ocupado”, “la misión específica” encomendada dentro de la organización, un elemento importante a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de una medida restrictiva adoptada por el Estado o la organización religiosa.

---

<sup>18</sup> Recuerda la Sentencia que “cuando se cuestiona la organización de la comunidad religiosa, el artículo 9 del Convenio debe interpretarse a la luz del artículo 11, que protege la vida asociativa de toda injerencia injustificada del Estado. Visto desde esta perspectiva, el derecho de los fieles a la libertad de religión supone que la comunidad pueda funcionar apaciblemente, sin injerencia arbitraria del Estado. La autonomía de las comunidades religiosas es indispensable para el pluralismo en una sociedad democrática y se encuentra en el centro mismo de la protección ofrecida por el artículo 9 del Convenio.

<sup>19</sup> La doctrina del Tribunal en este punto no presenta fisuras: “el respeto a la autonomía de las comunidades religiosas reconocidas por el Estado implica, en particular, la aceptación por parte de éste, del derecho de estas comunidades a reaccionar conforme a sus propias reglas e intereses frente a los eventuales movimientos disidentes que pudieran surgir en su seno y que podrían representar un peligro para su cohesión, su imagen o su unidad”. Es más, “el principio de autonomía religiosa prohíbe al Estado obligar a una comunidad religiosa a admitir o excluir a un individuo o a confiarle cualquier responsabilidad religiosa”.



Sentada esta premisa, el Tribunal introduce un matiz importante: no le basta a una comunidad religiosa alegar la existencia de una vulneración real o potencial de su autonomía para validar toda injerencia en el derecho al respeto de la vida privada o familiar de sus miembros. La comunidad en cuestión deberá demostrar que el riesgo alegado es probable y serio, que la injerencia no va más allá de lo que es necesario para alejar ese riesgo y que tampoco sirve a un objetivo ajeno al ejercicio de su autonomía. Y en todo caso, “no debe vulnerar la esencia del derecho a la vida privada y familiar”.

Pues bien, en la aplicación de estos principios al caso concreto, la Gran Sala tiene en cuenta varios factores. En primer lugar, el estatus del demandante, que no estaba claro en el momento de los hechos. Era un sacerdote ordenado (no obtuvo la dispensa de celibato del Vaticano hasta después de la aparición del artículo de prensa), pero al mismo tiempo un hombre casado. En cualquier caso, al firmar sus contratos de trabajo sucesivos, aceptó con conocimiento de causa, y voluntariamente, un deber de lealtad acrecentado hacia la Iglesia Católica, lo que limita, en cierta medida, la extensión de su derecho a la vida privada y familiar. Tales limitaciones contractuales son admisibles cuando son libremente consentidas. Es innegable que desde el punto de vista del interés de la Iglesia en la defensa de la coherencia de sus preceptos, la enseñanza de la religión católica a adolescentes puede considerarse como una función crucial que exige una obligación de lealtad particular.

En segundo lugar, la publicidad dada por el demandante a su situación de sacerdote casado. Es verdad que no es el propio demandante quien publica un artículo sobre sus opiniones o su vida familiar, sino que fue un periodista quien informó sobre la reunión del MOCEOP, incluyendo una foto en la que aparece con su familia así como un resumen de las ideas defendidas por el grupo de antiguos sacerdotes. Pero no es menos cierto que los demás participantes en la reunión evitaron los contactos con la prensa. Incluso suponiendo que fuese fotografiado sin su consentimiento, nada indica que se quejase de su aparición en la prensa haciendo uso de los recursos que le ofrecía el derecho interno. Al aceptar que se hicieran públicas su situación familiar y su participación en la citada reunión, el demandante quebrantó el vínculo de confianza especial que era necesario para el cumplimiento de las tareas que se le habían enco-

mendado. La sentencia insiste en que no es irrazonable, para una comunidad religiosa, exigir a los profesores de religión una lealtad particular en la medida en la que pueden considerarse como sus representantes: la existencia de una divergencia entre las ideas que deben ser defendidas y las convicciones personales de un profesor, plantea un problema de credibilidad cuando este docente milita activa y públicamente contra las ideas en cuestión y critica abiertamente la normas vigentes en la Iglesia.

En tercer lugar, la publicidad dada por el demandante a su pertenencia al MOCEOP y a las declaraciones que le fueron atribuidas. Si las partes admiten que era notorio que el demandante estaba casado y era padre de cinco hijos, es difícil determinar en qué medida su pertenencia a una organización que persigue objetivos incompatibles con la doctrina oficial de la Iglesia era igualmente conocida antes de la aparición del artículo. A este respecto, la situación de un profesor de religión se distingue de la de un profesor de lengua, por ejemplo, que fuese miembro de esa asociación. Se le exige un deber de lealtad más intenso, porque, para ser creíble, la enseñanza de la religión debe ser impartida por una persona cuyo modo de vida y declaraciones públicas no entren en flagrante contradicción con la religión en cuestión. Aunque nada induzca a pensar que el demandante haya defendido en sus clases tesis incompatibles con la doctrina de la Iglesia Católica, ello no es óbice para concluir que no cumplió con su especial deber de lealtad.

Por lo que respecta a las declaraciones atribuidas al demandante, como director del seminario, y a otros participantes en el evento identificados por sus nombres, lo que se señala en el artículo es que se habían pronunciado en favor de la contracepción y en contra de las posiciones de la Iglesia Católica sobre otros temas como el aborto y el celibato opcional de los sacerdotes. Son declaraciones amparadas por el artículo 10 del Convenio, pero eso no significa que la Iglesia Católica no pueda extraer legítimamente ciertas consecuencias, en el ejercicio de su autonomía, amparada por el artículo 9.

El cuarto elemento a considerar es la severidad de la sanción. En este punto, recuerda el Tribunal que el hecho de que el trabajador despedido tenga escasas posibilidades de encontrar un nuevo empleo

reviste una particular importancia. Sobre todo cuando el empleador ocupa una posición predominante en un determinado sector de actividad o cuando la formación del empleado despedido es tan específica que le es muy difícil, por no decir imposible, encontrar un nuevo puesto de trabajo fuera de la Iglesia que lo contrató, como sucede en este caso. En cuanto a las consecuencias para el demandante de la no renovación de su contrato, no cabe duda de que esta decisión constituyó una sanción que tuvo fuertes repercusiones en su vida privada y familiar, con independencia de que percibiera la correspondiente prestación por desempleo. Pero también es verdad que el demandante conocía perfectamente las normas de la Iglesia católica y tenía que ser consciente que su comportamiento iba a tener consecuencias y podía peligrar la renovación anual de su contrato. Y es que en este caso una medida menos restrictiva no habría tenido la misma eficacia en orden a la preservación de la credibilidad de la Iglesia. El Tribunal reconoce la gravedad de la sanción, pero considera que las consecuencias de la no renovación de su contrato no resultan excesivas, habida cuenta de que el propio demandante se había situado conscientemente al margen de la ortodoxia eclesial.

La sentencia de la Gran Sala analiza finalmente el control ejercido por los tribunales internos. En este caso, consideraron que la motivación de la no renovación era estrictamente religiosa, y el Tribunal Constitucional, tras examinar cuidadosamente los hechos, consideró que el deber de neutralidad del Estado impedía que éste se pronunciase sobre la noción de “escándalo” utilizada por el obispado para denegar la renovación del contrato del demandante, así como sobre el celibato opcional de los sacerdotes preconizado por el interesado. No obstante, valoró la amplitud de las vulneraciones de los derechos del demandante y estimó que éstas no eran ni desproporcionadas ni inconstitucionales.

En su conjunto, los tribunales nacionales tuvieron en cuenta todos los elementos pertinentes y ponderaron de forma detenida los intereses en juego, dentro de los límites que les imponía el respeto debido a la autonomía del Iglesia Católica. Las conclusiones a las que llegaron no parecen irrazonables, teniendo en cuenta sobre todo que el demandante debía ser consciente, al aceptar el puesto de profesor de religión católica, de las posibles consecuencias del incumplimiento del compromiso de lealtad con la Iglesia Católica,

a los efectos de preservar la credibilidad de su enseñanza. Tampoco parece que en este caso se haya invocado de forma abusiva la autonomía de la Iglesia, porque la decisión del obispado de no proponer la renovación del contrato hubiera sido insuficientemente motivada o arbitraria. En conclusión, habida cuenta del margen de apreciación del Estado en el presente caso, el Tribunal considera que la injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada del demandante no fue desproporcionada. Y no hubo, por tanto, violación del artículo 8 del Convenio<sup>20</sup>.

Como hemos podido comprobar en los casos analizados, la naturaleza de la función desempeñada por el trabajador es un factor decisivo a la hora de resolver este tipo de conflictos. No es lo mismo un profesor de religión que uno de matemáticas. O un empleado cuyo trabajo no consiste específicamente en difundir el mensaje de la organización religiosa de la que forma parte a dar testimonio del mismo. De ahí que nos parezca plausible la Sentencia dictada recientemente, el 11 de septiembre de 2018, por la Gran Sala del TJUE (Asunto C-68/2017) en relación con el despido de un médico católico de un hospital también católico por haber contraído segundas nupcias (matrimonio civil), tras divorciarse de su primera esposa, sin anular su primer matrimonio canónico. A pesar de ser entidades privadas, que pueden legítimamente exigir requisitos profesionales adicionales vinculados a la ética de la organización a sus directivos, ello no excluye un control judicial con arreglo a la normativa comunitaria. Y en este caso, se aprecia una diferencia de trato con respecto a otros compañeros protestantes o agnósticos que no fueron despedidos en situaciones análogas, pese a no profesar siquiera la religión católica. Además, concebir al matrimonio religioso como sagrado e indisoluble

---

<sup>20</sup> En este asunto, la Gran Sala se dividió prácticamente en dos mitades. Especialmente crítica fue la opinión disidente del Juez Dedov: el Convenio “no autoriza a las organizaciones religiosas, ni siquiera en nombre de la autonomía, a perseguir a sus miembros por ejercer sus derechos fundamentales”. A su juicio, el derecho a la vida familiar, a tener una familia, es vital y su total privación infringe el art. 8. Y carga contra el celibato: “Si después de largos años de temor, el demandante ha hecho acopio de su valentía para hacer pública su situación familiar con el fin de poner término a su humillación y de expresar su apoyo a los demás sacerdotes casados, merece recibir del TEDH una respuesta adecuada y conforme a las metas del sistema del Convenio”

no parece que sea un requisito esencial en la actividad profesional del directivo, que ejerce funciones de asesoramiento y asistencia médica, no ligadas ineludiblemente a las creencias y prácticas de la religión católica<sup>21</sup>.

### 3. LA GARANTÍA DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: EL CONTROL POR EL EMPLEADOR DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE LOS TRABAJADORES

#### 3.1. *La oscilante doctrina del Tribunal de Estrasburgo*

La garantía de la vida privada y el secreto de la correspondencia que consagra el art. 8 del Convenio<sup>22</sup> cubre naturalmente las llamadas telefónicas recibidas o realizadas desde el lugar de trabajo (STEDH

---

<sup>21</sup> El tribunal que eleva la cuestión prejudicial se pregunta si las iglesias u otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones pueden definir por ellas mismas y de manera definitiva qué es una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización y si pueden graduar autónomamente los deberes de lealtad para unas mismas funciones directivas atendiendo exclusivamente a la religión de los trabajadores. Para el Tribunal de Luxemburgo, estas entidades no pueden eludir el principio de no discriminación por razón de religión. Y resulta contrario al artículo 4.2 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que una iglesia cuya ética se basa en la religión y que gestiona un centro hospitalario privado pretenda imponer sus convicciones a sus trabajadores o a sus directivos salvo que esas convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado para el desarrollo de la actividad profesional, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

<sup>22</sup> De esta dimensión laboral se hace eco también P. Santolaya [“El derecho a la vida privada y familiar (Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, en J. García Roca / P. Santolaya (coords): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª Ed., CEPC, 2014, p. 432]. Esa dimensión no se limita a los supuestos analizados en este trabajo (secreto de las comunicaciones y videovigilancia). También puede observarse en otras facetas de la vida privada que garantiza el Convenio, como la inviolabilidad del domicilio. En la Sentencia de 26 de julio de 2007 en el caso *Peev c. Bulgaria*, el Tribunal consideró que el registro del escritorio y los archivadores personales de un empleado que trabajaba en la Fiscalía infringía el art. 8.

de 25 de junio de 1997, en el caso *Halford c. Reino Unido*<sup>23</sup>). Pero también los correos electrónicos. Las comunicaciones electrónicas gozan de la misma protección que las comunicaciones analógicas. El empleador ha de respetar, por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones que asiste al trabajador, con las modulaciones que impone la especial naturaleza de la relación laboral, que es una relación de subordinación que permite determinadas injerencias en el ámbito protegido por el derecho a la vida privada que en otro contexto requerirían de una autorización judicial<sup>24</sup>.

En cuanto al perímetro de esa protección de la privacidad, se extiende a todos los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador, incluidos los archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Así lo establece la Sentencia del TEDH de 3 de abril de 2007 en el asunto *Copland contra Reino Unido*, cuando señala que la esfera protegida por el artículo 8 del Convenio comprende también “la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet”, porque esos archivos pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones que revelen determinados aspectos

---

<sup>23</sup> En este asunto, el Tribunal sostuvo que la interceptación clandestina de las llamadas telefónicas realizadas por un trabajador desde su puesto de trabajo constituye una violación del art. 8 CEDH. La Sra. Halford, una inspectora de la policía británica, no tenía ningún motivo para pensar que sus conversaciones privadas podían ser grabadas, porque no había recibido ninguna comunicación en ese sentido. Pero sus superiores jerárquicos consideraron que podían supervisar sin previo aviso las llamadas que efectuaba desde los aparatos que tenía a su disposición en su despacho profesional. La sentencia dejó claro que las llamadas telefónicas realizadas desde el lugar de trabajo quedan comprendidas dentro de los conceptos de “vida privada” y “correspondencia”, de modo que la demandante podía creer razonablemente que eran conversaciones de carácter privado. Un factor decisivo para el Tribunal.

<sup>24</sup> “No se puede ignorar en este contexto las especificidades de la relación entre un empleador y su empleado. Se trata de una relación contractual, que comprende derechos y obligaciones particulares para las dos partes, y caracterizada por un vínculo de subordinación legal. Esta relación está regida por un régimen jurídico propio, que se diferencia netamente del régimen general de las relaciones entre individuos” (STEDH de 12 de enero de 2017 en el asunto *Saumier c. Francia*).

de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc)”<sup>25</sup>.

Como vamos a ver seguidamente, a la hora de decidir si son aplicables en este ámbito las nociones de “vida privada” o “correspondencia”, el Tribunal opera habitualmente con un criterio que suele ser determinante: ¿puede confiar razonablemente el trabajador en que su vida privada va a ser respetada?, ¿puede albergar realmente una expectativa legítima de confidencialidad?. Una normativa o política empresarial que prohibiera expresamente el uso para asuntos personales de una herramienta proporcionada por el empleador y advirtiera al trabajador de que podría ser objeto de un seguimiento para verificar

---

<sup>25</sup> En ese caso, a la demandante no se le advirtió de que sus llamadas podían ser objeto de seguimiento, por lo que el Tribunal considera que ella podía esperar razonablemente que se reconociera el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo. Y podía esperar lo mismo por lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet. El Tribunal recuerda que la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el artículo 8, ya que dicha información es “parte de las comunicaciones telefónicas” (STEDH de 2 agosto 1984 en el asunto *Malone contra el Reino Unido*). El mero hecho de que el *College* donde trabajaba obtuviese estos datos legítimamente, mediante las correspondientes facturas telefónicas, no es óbice para constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8. Por otra parte, el almacenamiento de datos relativos a la vida privada de una persona se inscribe también dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.1 (STEDH en el asunto *Amann contra Suiza*). Y es irrelevante que los datos objeto de tratamiento por el *College* no fuesen comunicados o utilizados contra la demandante en un procedimiento disciplinario o de otro tipo. En consecuencia, el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio. La sentencia no llega a enjuiciar la proporcionalidad de la medida, porque ni siquiera estaba “prevista en la ley”. En ese momento no existía ninguna disposición, ni en la legislación interna ni en las normas que regían el *Carmarthenshire College*, que regulase las circunstancias en las que se pudiese hacer un seguimiento del uso del teléfono, correo electrónico o Internet por parte de los trabajadores. Pero el Tribunal no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo pueda considerarse “necesario en una sociedad democrática” en ciertas situaciones, siempre que se persiga un fin legítimo.

el correcto cumplimiento de esa norma interna anularía esa expectativa de privacidad. El criterio parece plausible, pero su aplicación por el Tribunal dista de ser pacífica y coherente. Se observa una evolución en su jurisprudencia, pero esa evolución no es lineal, registra avances y retrocesos.

En este apartado, resulta obligado analizar con detenimiento el asunto más emblemático resuelto por el Tribunal de Estrasburgo: el caso *Barbulescu contra Rumanía*. En su primera decisión, fechada el 12 de enero de 2016 (*Barbulescu I*), el Tribunal avaló que una empresa pueda vigilar y leer los correos electrónicos y mensajes instantáneos de sus trabajadores para verificar si los trabajadores cumplen sus tareas, siempre que empleen equipos propiedad de la empresa. Barbulescu trabajaba en una empresa privada como ingeniero responsable de ventas. A petición de la compañía, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el fin de responder a peticiones de información de los clientes. En julio de 2007, la empresa le informó de que sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger habían sido vigiladas durante diez días y que el historial mostraba que había usado Internet para fines personales. Barbulescu negó los hechos pero entonces la compañía le mostró una transcripción de sus comunicaciones, que incluía mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia sobre cuestiones personales como su salud o su vida sexual. La empresa le despidió alegando que había vulnerado la normativa interna que prohibía el uso de recursos de la empresa para fines personales.

Tras perder todos los recursos interpuestos ante los tribunales nacionales, el trabajador rumano acudió al TEDH para pedir que se anulara su despido. Alegó en particular que sus correos electrónicos están protegidos por el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia. La decisión de la empresa de rescindir su contrato habría infringido su derecho a la privacidad.

El Tribunal reconoce que ha habido una intromisión en el derecho del demandante al respeto a la vida privada y a la correspondencia, pero concluye que no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH porque la vigilancia del empresario fue “limitada en su alcance y proporcionada”. La sentencia considera que “no es descabellado que un em-



pleador quiera verificar que los trabajadores estén desempeñando sus tareas profesionales durante las horas de trabajo”. En este sentido, apunta que la empresa “accedió a la cuenta del señor Barbulescu creyendo que contenía comunicaciones relacionadas con clientes”, ya que sí lo había dicho el propio trabajador. Por eso, la compañía actuó “dentro de sus poderes disciplinarios”, ya que sólo examinó las comunicaciones en la cuenta de Yahoo Messenger y no el resto de datos y documentos almacenados en su ordenador.

Barbulescu “fue informado de las normas de la empresa en todo momento”, por lo que él mismo sabía el riesgo que asumía al utilizar las herramientas de la compañía con fines exclusivamente privados. “El empleador actuó dentro de sus facultades disciplinarias (...) por tanto, el acceso [al correo electrónico del empleado] había sido legítimo”, explica el tribunal, que dice no ver “ninguna razón” para cuestionar la decisión de los tribunales rumanos <sup>26</sup>.

El Juez Pinto de Alburquerque discrepó del fallo y formuló una opinión disidente: “Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y a la protección de datos cada mañana a las puertas de su lugar de trabajo”. El juez cree que, al revisar su correo electrónico, la empresa buscaba “una justificación oportunista para deshacerse de un empleado no deseado al que no había sido capaz de despedir por medios legales”. Y hace una reflexión de carácter general: “las nuevas tecnologías permiten que entrometerse en la vida privada de los empleados sea más fácil para los empresarios y más difícil de detectar

---

<sup>26</sup> La cuestión, como señala Victoria Rodríguez-Rico, es si la información previa es un requisito indispensable, si debe ser explícita y si la proporcionada en este caso por la empresa fue suficiente. Se trata de dilucidar en último término si la mera prohibición de la utilización de las herramientas informáticas para fines personales llevaría o no implícita la prerrogativa del empleador para vigilar las conversaciones, aunque no se haya advertido expresamente sobre la existencia de ese seguimiento. En este caso concreto, el asunto se complica, porque “si bien la empresa comunicó mediante una nota informativa a cada trabajador el recurso a métodos de vigilancia y el despido de una empleada por transgredir la prohibición empresarial, no pudo determinarse con exactitud si el trabajador fue informado de que sus comunicaciones eran controladas antes de que la misma actividad de vigilancia fuese puesta en marcha” (“Las facultades empresariales de vigilancia y los derechos fundamentales de los trabajadores: su difícil equilibrio en la era tecnológica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 29, 2018).

para los trabajadores, un riesgo que se agrava por la desigualdad conatural de la relación laboral”.

De esta sentencia no se desprende en modo alguno que el empleador goce de una absoluta libertad para controlar las comunicaciones electrónicas de un empleado, sin limitación alguna. Pero sí parece que se le reconoce un amplio margen de actuación a la hora de aplicar sistemas de vigilancia<sup>27</sup>.

Barbulescu solicitó que se reexaminase su caso y el 5 de septiembre de 2017 la Gran Sala del Tribunal rectificó su doctrina y consideró que el derecho del demandante a la vida privada y el secreto de las comunicaciones había sido vulnerado. Reitera que las empresas pueden revisar el contenido de las comunicaciones de sus trabajadores durante el horario laboral (leer sus correos electrónicos y los mensajes en aplicaciones como WhatsApp, Facebook o Messenger) si se realizan a través de aparatos o herramientas de la compañía. Se justifica esa vigilancia, porque estaba prohibido expresamente por la normativa interna de la compañía y tenía que saber el riesgo que asumía. Eso sí, deben avisarles antes. La sentencia insiste en que los tribunales no verificaron si el demandante había sido previamente advertido por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones fueran vigiladas, ni de la naturaleza y el alcance de esa vigilancia ni del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Sólo había sido advertido de que no podía utilizar los recursos de la empresa para fines personales. Pero no, por ejemplo, de la puesta en marcha de la actividad de vigilancia y su alcance (incluyendo el acceso al contenido de los mensajes)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Vid. los análisis de Pierre Marguénaud, “Big boss is watching you: alerte sur le contrôle des activités électroniques du salarié (obs. sous Cour. eur. dr. h., arrêt Barbulescu c. Roumanie, 12 janvier 2016)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 108 (oct. 2016), pp. 1037-1048; y G. López de la Fuente, “Poder de control empresarial y limitación de derechos fundamentales de los trabajadores: a propósito de STEDH de 12 de enero de 2016, Barbulescu contra Rumanía”, *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (dir. por A. Ruda y C. Jerez), 2018, p. 455-469.

<sup>28</sup> El Repertorio de cuestiones prácticas emitidas por la Oficina Internacional del Trabajo en el ámbito de la protección de datos personales de los trabajadores establece en su apartado 6.14 que “cuando los trabajadores sean objeto de medi-

Tampoco verificaron suficientemente la existencia de razones específicas que justificasen la puesta en marcha de las medidas de vigilancia. El tribunal departamental mencionó la necesidad de evitar un ataque a los sistemas informáticos de la empresa o la posible exigencia de responsabilidades a la empresa en caso de una actividad ilícita en la red. Pero son especulaciones teóricas, porque no se ha sugerido en ningún momento que Barbulescu hubiera expuesto efectivamente a la empresa a tales riesgos.

En tercer lugar, los tribunales internos tampoco consideraron la posibilidad de que el empleador hubiera alcanzado el objetivo perseguido aplicando métodos o medidas menos intrusivas para la vida privada del trabajador (téngase en cuenta que registró, grabó, en tiempo real todas las comunicaciones del trabajador en ese periodo de vigilancia, accedió e imprimió su contenido sin su consentimiento); y

---

das de vigilancia, éstos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador debería reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquéllos”. En el ámbito de la Unión Europea, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (GT29), un órgano consultivo independiente creado de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, emitió el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el lugar de trabajo. Además de poner límites a la vigilancia de los empleados (“cualquier vigilancia, debe ser una respuesta proporcional por parte de un empleador en lo que se refiere a los riesgos que toma teniendo en cuenta la legítima privacidad y otros derechos de los trabajadores. Aquellos datos personales que se tengan o utilicen durante la vigilancia deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben”), insiste en el deber de informar a los trabajadores de la existencia de la vigilancia, los motivos por los cuales se tratan datos personales y cualquier otra información que garantice un tratamiento justo. Más recientemente, emitió el Dictamen 2/2017, sobre tratamiento de datos en el trabajo, que complementa y actualiza el anterior. En este documento se trata de encontrar un equilibrio entre los intereses legítimos de los empresarios y las expectativas razonables de privacidad de los trabajadores, describiendo los riesgos que plantean las nuevas tecnologías (que permiten que los trabajadores puedan ser objeto de seguimiento constante en los lugares de trabajo y en sus hogares, mediante todo tipo de dispositivos, incluyendo los sistemas de geolocalización) y precisando las obligaciones adicionales que el Reglamento general de protección de datos impone a los empresarios. Se reiteran asimismo las conclusiones del dictamen 8/2001, entre otras, el principio de que los trabajadores deben recibir información efectiva sobre el control que se lleva a cabo.

por último, no examinaron tampoco la gravedad de las consecuencias de la medida de vigilancia y del procedimiento disciplinario seguido contra el trabajador, es decir, el hecho de que el demandante fuese despedido, siendo objeto de la sanción más severa.

Pero lo más significativo, a mi juicio, es la rotunda afirmación de la vigencia del derecho a la vida privada y la confidencialidad de la correspondencia en el marco de una relación laboral: “las comunicaciones del Sr. Bărbulescu en su lugar de trabajo estaban cubiertas por las nociones “vida privada” y “correspondencia” por lo que el art. 8 es aplicable en este asunto”. Aunque cabe preguntarse si el demandante podía tener una expectativa razonable de privacidad a la vista de las reglas restrictivas impuestas por su empleador para la utilización de Internet, reglas de las que había sido informado, “las instrucciones de un empleador no pueden reducir a la nada, anular, el ejercicio de la vida privada social en el lugar de trabajo”. El derecho al respeto de la vida privada y a la confidencialidad de la correspondencia sigue siendo de aplicación en el ámbito de la empresa, aunque pueda ser limitado en la medida que sea necesario<sup>29</sup>.

La sentencia concluye, por 11 votos contra seis, que las autoridades rumanas “no han alcanzado un justo equilibrio entre los intereses en juego” y “no han protegido correctamente” el derecho del demandante al respeto de su vida privada y a su correspondencia<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> “El control de todas las actividades en línea de los trabajadores es una respuesta desproporcionada y una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. El empresario debe explorar, en primer lugar, otros medios menos invasivos para proteger la confidencialidad de los datos del cliente y la seguridad de la red” (Dictamen 2/2017, cit., p. 14). El uso indebido se puede prevenir, por ejemplo, mediante el uso de filtros que bloqueen el acceso a determinadas páginas web (p. 25). En cualquier caso, el hecho de que un empresario sea propietario de los medios electrónicos no excluye el derecho de los trabajadores a mantener en secreto sus comunicaciones (p. 24).

<sup>30</sup> Una conclusión que no comparte Jean-François Renucci (“Droit européen des droits de l’homme: surveillance au travail et Convention européenne des droits de l’homme”, *Recueil Dalloz*, n° 3, 25 janv. 2018, p. 138-146). A su juicio, si bien la previsibilidad de la medida de videovigilancia es una exigencia legítima, imponer una información tan explícita parece excesivo. Esa información podría ser perfectamente implícita, como en este caso. No hay que olvidar, además, que las relaciones de trabajo han de fundarse en la confianza entre empleador y empleado. Renucci subraya el hecho de que el demandante había

El compromiso del Tribunal de Estrasburgo en la defensa del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, que culmina con la decisión adoptada finalmente en el caso *Barbulescu*<sup>31</sup>, se

---

sido informado del reglamento interno que prohibía el uso de recursos de la empresa para fines personales y suscribió el documento. Es más, algunos meses más tarde, una nota que recordaba esa prohibición e informaba de que un trabajador había sido despedido por infringirla fue difundida entre los trabajadores. Parecía pues que las medidas de videovigilancia podían ponerse en marcha con la consiguiente reducción de la “expectativa razonable” de privacidad. Dadas las circunstancias, el demandante “ya no podía creer razonablemente que el carácter privado de su correspondencia iba a ser respetado”. Había sido “suficientemente advertido” de que podía ser objeto de vigilancia. Es legítimo que para asegurar el buen funcionamiento de la empresa el empleador quiera verificar que sus empleados cumplen sus obligaciones profesionales cuando utilizan en el lugar de trabajo y dentro de la jornada laboral los medios que él pone a su disposición. En este caso, la medida no sólo perseguía un objetivo legítimo sino que resulta proporcional, porque fue limitada en el tiempo y sólo afectó a las comunicaciones electrónicas del demandante. Además, los resultados de esa vigilancia se utilizaron exclusivamente en el marco del procedimiento disciplinario incoado contra éste. No se violó, en suma, su derecho a la vida privada.

Vid. asimismo los comentarios de Ch. Pettiti, “Employeurs: the European Court of Human Rights is watching you: (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bărbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 114 (avril 2018), pp. 485-502; y J-P Marguénaud y J. Mouly, “De l’accès des salariés à internet à la rationalisation de l’influence de la Cour EDH sur les relations individuelles du travail”, *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 44-45 (30 oct. 2017), pp. 1992-1996.

<sup>31</sup> En algunos comentarios publicados tras la sentencia de la Gran Sala, se rebaja un poco la trascendencia del pronunciamiento del Tribunal. Así, Sara Kaeni (*European Human Rights Law Review*, issue 6, 2017, p. 603-609) reconoce que supone un paso adelante, porque deja claro que las facultades de control del empleador no son ilimitadas, pero es “una victoria de alcance reducido”, porque no da respuesta a cuestiones importantes relacionadas con la garantía de la privacidad del trabajador y las amenazas derivadas de las nuevas tecnologías ni precisa cuál es el alcance de la protección ofrecida por el artículo 8 frente a medidas de vigilancia abusivas, aunque se hayan notificado previamente. La posición del empleado sigue siendo muy vulnerable (pp. 604 y 609). En este mismo sentido, Sofia Galani alberga dudas sobre el grado de protección que esta sentencia ofrece realmente a los trabajadores, porque, dada la desigualdad propia de una relación laboral, pueden verse forzados a aceptar métodos intrusivos de vigilancia por el mero hecho de conocerlos previamente (“Case and comment: selected decisions from the European Court of Human Rights from September and October 2017”, *European Human Rights Law Review*, issue 1, 2018, p. 82).

ha visto un tanto desdibujado por una sentencia posterior, la dictada el 22 de febrero de 2018 en el asunto *Libert contra Francia*. El demandante es un trabajador de la empresa pública SNCF que había sido despedido tras descubrirse en el disco duro de su ordenador certificados de cambios de residencia redactados con el encabezamiento de la brigada SUGE de Lille y en beneficio de terceros, así como numerosos archivos con imágenes y películas de carácter pornográfico. En concreto, estas fotos y videos pornográficos fueron encontrados en un fichero denominado “risas”, almacenado en el disco duro bajo el nombre “D:/datos personales”. Fue la persona que le sustituyó durante la suspensión de sus funciones quien encontró en el ordenador tales archivos, poniéndolo en conocimiento de sus superiores. El trabajador entiende vulnerado su derecho a la intimidad alegando que completó el nombre que por defecto incorporaba la unidad D, “D:/datos”, con el adjetivo “personales” y que el propio título del fichero “risas” no dejaba lugar a dudas en cuanto al carácter extralaboral del mismo. El demandante denuncia en particular el hecho de que su empleador abriese en su ausencia los archivos personales que figuraban en el disco duro de su ordenador profesional

Pues bien, el TEDH no apreció en este caso una violación del art. 8, al considerar que las autoridades francesas no habían excedido el margen de apreciación de que disponían en este caso. Constata en particular que la consulta de los archivos por el empleador respondía a una finalidad legítima de protección de los derechos de éste, que puede legítimamente querer asegurarse de que sus trabajadores utilicen los equipos informáticos que pone a su disposición de conformidad con sus obligaciones contractuales y la reglamentación aplicable. Observa igualmente que el ordenamiento francés contenía un principio tendente a la protección de la vida privada en cuya virtud el empleador podía acceder a los archivos profesionales, pero no podía abrir subrepticamente los archivos identificados como personales. Sólo podría proceder a su apertura en presencia del empleado. Los tribunales internos habían considerado que ese principio no impedía que el empleador abriera los archivos en cuestión, que no habían sido debidamente identificados como privados. Entiende el TEDH que los tribunales internos examinaron correctamente el asunto y su decisión se fundó en motivos pertinentes y suficientes.

Como ha puesto de relieve Victoria Rodríguez-Rico<sup>32</sup>, teniendo en cuenta que el trabajador llevaba más de un año fuera de la empresa –el control de los archivos informáticos se practicó en su ausencia–, es difícilmente sostenible la tesis mantenida por la Sentencia de que el empresario trataba de controlar la ejecución del trabajo. Parece que es más bien el interés morboso en indagar en la esfera privada del trabajador lo que le impulsó. El Tribunal censura que el trabajador hiciese un uso estrictamente personal del disco duro, que servía tradicionalmente para almacenar datos profesionales, y coincide con los tribunales franceses en que el término genérico de “datos personales” podía referirse a los expedientes profesionales gestionados personalmente por el trabajador sin designar de manera explícita los elementos relativos a su vida privada, al tiempo que sostiene que el término “risas” no dotaría al fichero así denominado de un carácter necesariamente personal. Por otra parte, el Tribunal se escuda en el hecho de que el trabajador utiliza el término “personales” en lugar de identificar los archivos como “privados”, de acuerdo con lo dispuesto en el manual del usuario para la utilización de los sistemas informáticos de la SNCF. En definitiva, la consulta de los archivos del trabajador no supuso una violación del derecho al respeto de su vida privada, dado que no habían sido debidamente identificados como de carácter privado. Así de simple. La normativa interna sirve de coartada para justificar una decisión que pone en entredicho el legado de *Barbulescu II*.

### ***3.2. El impacto del test acuñado en la sentencia Barbulescu II en la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales***

Aunque las vacilaciones del Tribunal de Estrasburgo en este terreno generan una sensación de incertidumbre, la doctrina acuñada en *Barbulescu II* tiene un especial interés para nosotros, porque contrasta, a mi juicio, con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el uso del correo electrónico por los trabajadores y las facultades de control por parte del empleador.

---

<sup>32</sup> “Las facultades empresariales...”, cit.

Es verdad que en nuestra jurisprudencia, que tampoco se distingue por seguir una trayectoria lineal, el uso indebido del ordenador de la empresa por parte de los trabajadores puede ser una causa de despido. Pero los tribunales ordinarios fueron estableciendo algunos criterios para valorar la legitimidad de la reacción empresarial, que tenía que estar objetivamente justificada y ser proporcionada, para no incurrir en una violación del art. 18.3 CE, que exige en principio la previa autorización judicial de la intervención. Para empezar, son preferibles los controles indirectos sobre la navegación, que en muchos casos serán suficientes para satisfacer el interés empresarial. Así, puede resultar suficiente un control de los datos externos como el destinatario o el asunto o de las horas totales de navegación atendiendo a la tarea profesional encomendada, sin necesidad de extender el control a las páginas visitadas. Como regla general, se evitarán los controles sobre el contenido de los mensajes cuando exista otro medio para probar el mal uso del ordenador que sea menos gravoso para el trabajador<sup>33</sup>. En segundo lugar, la gravedad de la sanción deberá modularse en función de una serie de circunstancias, como la duración y frecuencia de las visitas, la disminución

---

<sup>33</sup> El Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo aprobado el 29 de mayo de 2002 por el GT29 es muy claro al respecto: “El principio de proporcionalidad excluye... el control general de los mensajes electrónicos y de la utilización de Internet de todo el personal, salvo si resulta necesario para garantizar la seguridad del sistema. Si existe una solución que implique una intromisión menor en la vida privada de los trabajadores y que permita lograr el objetivo perseguido, el empleador debería considerar su aplicación (por ejemplo, debería evitar los sistemas que efectúan una vigilancia automática y continua). Si es posible, el control del correo electrónico debería limitarse a los datos sobre tráfico de los participantes y a la hora de una comunicación más que al contenido, si ello es suficiente para satisfacer las necesidades del empleador...; por ello la apertura efectiva de los mensajes electrónicos es desproporcionada” (apdo. 3.1.5). La comprobación del tiempo empleado o un listado de los sitios más visitados podría bastar para verificar el uso correcto del correo electrónico. Otra recomendación del Grupo de Trabajo es que “en la medida de lo posible, la prevención debería primar sobre la detección”. Siempre que sea posible, “la política de la empresa respecto a Internet debería basarse en herramientas técnicas para limitar el acceso, más que en dispositivos de control de los comportamientos, por ejemplo, bloqueando el acceso a algunos sitios o instalando advertencias automáticas”.



de la productividad, etc. Y por último, debe informarse previamente al trabajador de la existencia de los controles, que se practicarán durante el tiempo estrictamente necesario y con la participación de un representante de los trabajadores<sup>34</sup>.

Valga como ejemplo de esa línea jurisprudencial que reflejaba un mayor grado de tolerancia con la utilización inadecuada de esos equipos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, que declaró la improcedencia del despido de un trabajador al que la empresa había controlado su ordenador, detectando la existencia de virus informáticos, como consecuencia de “la navegación por páginas poco seguras de Internet”. Recuerda “la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación

---

<sup>34</sup> Vid. M.L. Segoviano, “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, 2004, p. 166 y ss. Esta interpretación restrictiva de las facultades empresariales de control es la que inspira el Documento del GT29 citado en la nota anterior: “Sólo en circunstancias excepcionales se considerará necesaria la vigilancia del correo electrónico o de la utilización de Internet de un trabajador. Podría resultar necesario... para obtener una confirmación o una prueba de determinados actos del mismo. En este tipo de actos se incluiría la actividad delictiva de un trabajador que obligara al empleador a defender sus intereses, por ejemplo, cuando es responsable subsidiario de los actos del trabajador. Estas actividades de vigilancia incluirían también la detección de virus y, en general, cualquier actividad realizada por el empleador para garantizar la seguridad del sistema”. Se prohíbe como regla general el control secreto del correo electrónico por el empleador excepto en los casos en que exista en el Estado miembro una ley que lo autorice en virtud del artículo 13 de la Directiva. Ello puede ocurrir cuando se detecte una actividad delictiva particular (que haga necesaria la obtención de pruebas) o cuando existan leyes nacionales que autoricen al empleador, previendo las garantías necesarias, a adoptar algunas medidas para detectar infracciones en el lugar de trabajo. En todo caso, “el empleador debe transmitir a su personal una declaración clara, precisa y fácilmente accesible de su política relativa a la vigilancia del correo electrónico y la utilización de Internet”, proporcionando una información completa “sobre las circunstancias particulares que pueden justificar esta medida excepcional; así como del alcance y el ámbito de aplicación de este control”. El Grupo de Trabajo aconseja que “el empleador informe inmediatamente al trabajador de cualquier abuso de las comunicaciones electrónicas detectado, salvo si razones imperiosas justifican la continuación de la vigilancia, lo que normalmente no es el caso”.

facilitados por la empresa a los trabajadores”. Esa tolerancia “crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso”. Por ello, “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las sentencias del TEDH de 25 de junio de 1997 (caso *Halford*) y 3 de abril de 2007 (caso *Copland*) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo”.

A partir de las consideraciones anteriores, la Sentencia desestima el recurso, porque la empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. La medida adoptada, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supuso una vulneración de su derecho a la intimidad<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Un comentario a esta sentencia puede verse en R. Tascón, “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Aranzadi Social*, n° 17/2007, pp. 1-17. En la misma línea se inscribe la STS de 6 de octubre de 2011, que concluye que la empresa sí comunicó a todos los trabajadores por carta que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet etc...) para fines personales, pero no les informó de que iba a existir un control, ni de los medios que iba a utilizar para comprobar el uso correcto del ordenador. Por lo tanto, al haberse realizado el control empresarial sin advertir previamente de las medidas que se iban a aplicar con ese fin, se vulneró “una expectativa razonable de intimidad”. Además, “el sistema instalado no se limitaba a controlar genéricamente

Pues bien, en este terreno, hemos podido observar con creciente preocupación un giro en la doctrina del Tribunal Constitucional. Las SSTC 241/2012 y 170/2013 llegan a la conclusión de que el control empresarial de los correos electrónicos es conforme con la exigencia de proporcionalidad y desestiman los recursos promovidos por los trabajadores.

En la primera de ellas, la 241/2012, de 17 de diciembre, el Tribunal rechaza la existencia de una vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en la intervención por el empresario de las comunicaciones informáticas entre dos trabajadoras, en las que se vertían comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes. La recurrente y otra trabajadora habían instalado en un ordenador de uso común (sin claves de acceso) un programa de mensajería instantánea denominado Trillian sin autorización ni conocimiento de la empresa, que tenía expresamente prohibido modificar el sistema informático de origen. Por tanto, añade la sentencia, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad de las conversaciones mantenidas por las usuarias del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto. Además, la intervención se produce a partir de un hallazgo casual de uno de los usuarios del ordenador, trabajador de la empresa, que transmite su contenido a la dirección, y se limita a la comprobación de la instalación en el soporte informático de uso común, con el fin de constatar si había habido un incumplimiento por parte de las trabajadoras implicadas y su alcance. No se atisba, en suma, la alegada lesión del derecho invocado, porque las comunicaciones no son secretas, y quedan fuera del ámbito constitucionalmente protegido. Lo que viene a decir la sentencia es que el disfrute efectivo del derecho del trabajador a la intimidad depende, en último término, de la voluntad del empresario, de las instrucciones que haya impartido al respecto (si tolera, limita o prohíbe ese uso no estrictamente profesional).

El Magistrado Valdés Dal-Ré formula un Voto Particular a esta sentencia, al que se adhiere la Magistrada Asúa, en el que explica las razones por las que discrepa de la opinión mayoritaria de la Sala, que “representa un paso atrás en la muy acreditada jurisprudencia

---

tiempo y páginas visitadas por la trabajadora sino que permitía observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización”.

constitucional dictada en tres décadas por el Tribunal en materias laborales” y una solución contraria “a la recta inteligencia del ejercicio del art.18.3 CE en el marco del contrato de trabajo”.

En contra de lo que se afirma en la sentencia, la intervención empresarial no se limitó a la comprobación de la instalación realizada. La empleadora accedió a todos los mensajes e incluso resumió sus contenidos en la reunión posteriormente celebrada<sup>36</sup>. Y este es un dato crucial, porque la sentencia atribuye a cada empresario, en el ejercicio de sus poderes de autoorganización, dirección y control, la facultad de regular y fijar las condiciones de uso por parte del trabajador de los medios informáticos de titularidad empresarial (mediante “órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas”), así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento efectivo de esas reglas. Este tipo de declaraciones, formuladas sin matización ni reserva alguna, no se corresponden con el contenido esencial de los derechos fundamentales en presencia.

A su juicio, “el trabajador en la empresa tiene reconocido, como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral, un ámbito de libertad constitucionalmente consagrado (el derecho de libertad de comunicaciones), sin perjuicio de las eventuales y posibles modalizaciones adoptadas por el empresario”. El empresario “no puede disponer unilateral e ilimitadamente del uso de sus herramientas sin condicionante alguno”, de modo que “las órdenes limitativas del uso, incluso privado, de esas herramientas, podrán ser en ocasiones contrarias a aquel derecho fundamental”.

La Sentencia subraya que el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa; y que ésta había prohibido expresamente instalar programas como “Trillian”. Desde esa doble premisa, llega a conclusiones que para Valdés son inasumibles, a saber: “que el uso común del ordenador por todos los empleados hace que la pretensión de secreto carezca de cobertura constitucional; que la comunicación realizada queda fuera de la protección constitucional...; y que la prohibición

---

<sup>36</sup> Dos meses después del descubrimiento, la dirección de la empresa convocó a las trabajadoras a una reunión, en la que “se leyeron algunas de las conversaciones y se resumió el contenido de las restantes”, reconociendo las afectadas que habían sido efectuadas por ellas, procediendo la empresa a amonestarlas verbalmente

expresa de instalar programas en el ordenador de uso común excluye toda expectativa de confidencialidad”. Se niega, por tanto, el carácter secreto de las comunicaciones controvertidas y se admite la injerencia empresarial en los mensajes, descartándose la vulneración del art. 18.3 CE.

En definitiva, la protección que ofrece el art. 18.3 CE ha de incluir los supuestos en los que exista, como en este caso, la trasgresión de una orden empresarial, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción. Sin la preceptiva autorización judicial no son admisibles las intromisiones empresariales destinadas a verificar o comprobar la existencia de las comunicaciones. En el caso enjuiciado, los responsables de la empresa procedieron sin consentimiento de las trabajadoras y sin autorización judicial a la identificación de los intervinientes en las comunicaciones efectuadas a través del programa de mensajería, así como a la intervención del contenido completo de las conversaciones mantenidas, mediante la apertura y lectura de los archivos informáticos en los que el programa las guardaba. La actuación empresarial, en suma, constituye una intromisión consciente y deliberada en el contenido de las comunicaciones efectuadas, que se ha llevado a efecto sin ninguna de las garantías constitucionales que legitiman su intervención.

En la misma onda, la Sentencia 170/2013, de 7 de octubre, desestimó el recurso de amparo presentado por un trabajador al que la empresa en la que prestaba servicios despidió por haber enviado información sensible a la competencia a través del correo electrónico corporativo. La Sala Primera descartó que la intervención de los mensajes lesionase los derechos del trabajador al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

Para resolver el recurso, el Tribunal tiene en cuenta el Convenio colectivo del sector químico, al que pertenece la compañía, que tipifica como falta leve “la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral (...)”. Al tratarse de una norma de “carácter vinculante”, la empresa estaba legitimada para controlar el uso de esas herramientas informáticas puestas a disposición de los trabajadores”. La limitación del empleo del correo electrónico a fines profesionales “llevaba implícita

la facultad de la empresa de controlar su utilización al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Siendo “previsible” el control empresarial, “no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa”.

Por último, la Sala rechaza que el acceso de la empresa al contenido de los correos electrónicos fuera una medida desproporcionada: la decisión fue “justificada”, porque se basó en “la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador”; fue “idónea” para el fin pretendido, “consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada”; se trataba de una medida “necesaria” para poder justificar el despido disciplinario ante una eventual impugnación judicial; y, finalmente, fue una medida “ponderada y equilibrada” pues ninguno de los mensajes que suscitaron la controversia refleja “aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial cuya remisión a terceros (...) implicaba una transgresión de la buena fe contractual”<sup>37</sup>.

Más preocupante aún que esta discordancia con pronunciamientos previos de nuestros tribunales resulta la resistencia a asumir la doctrina

---

<sup>37</sup> Una valoración crítica de estas dos decisiones puede verse en M. Carrasco, “El Tribunal Constitucional y el uso del correo electrónico y los programas de mensajería en la empresa”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital), n° 9/2014, pp. 1-7; J. Aparicio Tovar, “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica (a propósito de la STC 170/2013, de 7 de octubre)”. *Revista de Derecho Social*, n. 64, 2013, pp. 143 y ss.; J.L. Monereo y B.M. López Insua, “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (edición digital), n° 11/2014, p. 16 y ss; y J.J. Fernández Alles y A. Piñero, “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”, *Relaciones Laborales*, n° 12, 2014, pp. 151 y ss; y M.B. Cardona, “Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre”, *Revista de Derecho Social*, n° 60, 2012, pp. 169 y ss. Defiende, en cambio, la postura del Tribunal A. Martín Valverde, “Uso extralaboral del correo electrónico empleando medios informáticos de la empresa. Control empresarial, requisitos. Comentario a la STC (Sala 1.ª) 170/2013, de 7 de octubre de 2013”, *Actualidad Laboral*, n° 2, 2014, p. 190.

de Estrasburgo en esta materia (que es un mandato constitucional: artículo 10.2) por parte de la Sala Social del Tribunal Supremo, nada menos<sup>38</sup>. Me refiero concretamente a la Sentencia dictada por su Sala de lo Social el 8 de febrero de 2018, que desestima el recurso formulado por un trabajador cuyo ordenador es examinado por orden de la empresa al tener conocimiento ésta de que otro trabajador había encontrado casualmente en la fotocopiadora situada en un lugar de acceso libre a todos los trabajadores copias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador recurrente, que fue despedido de inmediato. La sentencia confirma la procedencia del despido por transgresión de la buena fe contractual, al considerar la medida proporcionada, puesto que la empresa revisó el contenido de ciertos emails de la cuenta de correo corporativo del trabajador, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino seleccionando los que pudieran ser resultar relevantes, utilizando para ello palabras clave y atendiendo a la proximidad con la fecha de las transferencias bancarias.

Pero la Sala, y esto es lo importante, mantiene el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, que relativiza el deber de informa-

---

<sup>38</sup> Para C. Molina Navarrete, se ha agravado el fuerte contraste entre la “evolución” del TEDH y la “involución” del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (“El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?”, *Temas Laborales*, nº 145, 2018, pp. 143 y ss). Este autor insiste en otro de sus trabajos: (“El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en «tópica» y «retórica» de su tutela constitucional”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 7/2018, p. 1) en que “la jurisprudencia española ha venido debilitando sus garantías en la empresa, al excluir no sólo la autorización judicial ex artículo 18.3 CE, sino incluso la protección de una expectativa razonable de confidencialidad si media una política de prohibición de usos no productivos de los dispositivos electrónicos”. Este modelo de “garantía débil” del derecho fundamental al secreto de comunicaciones de los trabajadores es disconforme con la jurisprudencia del TEDH, sobre todo a partir del *test Barbulescu*. Vid. asimismo E. Terradillos, “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, *Revista de Derecho Social*, nº 80, 2017, pp. 139 y ss; y A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de información laboral*, nº 1, 2018, pp. 19-39.

ción previa, vaciándolo de contenido. La sentencia constata que en la empresa existía una normativa específica que regulaba los sistemas de información y la política de seguridad de la información y limitaba el uso de los ordenadores a fines exclusivamente laborales, prohibiendo su utilización para asuntos personales<sup>39</sup>. Esa prohibición expresa determina, según el Tribunal, la ausencia de una expectativa razonable de intimidad: “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”.

La sentencia hace referencia naturalmente a la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo dictada unos meses antes en el caso *Barbulescu* y resume someramente sus consideraciones, pero afirma que “nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala”, dado que los criterios son “sustancialmente coincidentes”<sup>40</sup>. Niega, contra toda evidencia, que exista una brecha entre la jurisprudencia ordinaria y constitucional española y la jurisprudencia de Estrasburgo, que exige, como hemos visto, una información clara, expresa, sobre la naturaleza y alcance del control empresarial<sup>41</sup>.

El que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo siga en este punto la estela del Constitucional y de algunos pronunciamientos anteriores

---

<sup>39</sup> Cada vez que accedían con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, los empleados debían aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex.

<sup>40</sup> La conducta empresarial “pasa holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige” para considerar legítima la intromisión del empresario.

<sup>41</sup> C. Molina Navarrete califica de incomprensible la postura del Supremo, que “reduce la evolución jurisprudencial del TEDH a casi una caricaturización de la misma, volviendo al momento originario: el más puro o estricto juicio de proporcionalidad”. En contra de lo sostenido por la Sala, “no es posible atribuir a la eventual normativa o política de empresa sobre usos de este tipo de dispositivos una condición de canon determinante” o definitivo. En segundo lugar, “siempre ha de darse una información específica previa, adaptada a la normativa de protección de datos, de modo que su ausencia debe ser excepcional”. Y en todo caso, la proporcionalidad no debe ser abstracta, sino concreta, y no puede suponer el sacrificio absoluto del derecho a la privacidad (*op. cit.*, p. 153).



(STS de 6 de octubre de 2011, entre otras) sin extraer todas las consecuencias que se derivan cabalmente de la Sentencia del TEDH (ni siquiera reconoce la existencia de una divergencia), pone de manifiesto que en ese diálogo entre Tribunales no siempre se consigue de forma espontánea y fluida esa sintonía, que viene siendo por lo demás la tónica dominante desde que ratificamos el Convenio Europeo. Confiamos en que sea una excepción pasajera y nuestra jurisprudencia se acomode paulatinamente a las directrices interpretativas establecidas por el Tribunal de Estrasburgo<sup>42</sup>.

#### 4. VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES<sup>43</sup>: LAS IMÁGENES CAPTADAS POR CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO

##### 4.1. *La doctrina del Tribunal de Estrasburgo*

Las cámaras de circuito cerrado pueden grabar de forma continua el comportamiento del trabajador. Como regla general, no deberían

---

<sup>42</sup> Como ya han hecho jueces y tribunales inferiores. Vid., por ejemplo, la Sentencia de 17 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid (“para analizar la cuestión controvertida debe traerse a colación la sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017”), comentada por E. Rojo Torrecilla en su blog: “Derecho a la privacidad del trabajador en la empresa. La aplicación de la doctrina del TEDH, *Barbulescu II*, en España. Una nota de la sentencia del Juzgado de lo Social num. 19 de Madrid de 17 de noviembre de 2017” (entrada de 15 de diciembre de 2017). En este caso, en el que la monitorización del ordenador de la demandante había permitido a la empresa conocer y grabar mensajes de correo electrónico, ajenos a lo laboral y por tanto personales, la no superación del test *Barbulescu II* llevará a la declaración de nulidad del despido. Para el Magistrado, “el objetivo de la empresa, que se orientaba a determinar la carga de trabajo de la demandante y su dedicación al mismo, hubiera podido alcanzarse por otras vías menos invasivas, tales como el control de los resultados del trabajo de la demandante...”, sin necesidad de conocer el contenido y los destinatarios de los correos personales de la demandante.

<sup>43</sup> No me ocupo en este trabajo de otros aspectos relacionados con la protección de los datos de carácter personal en la esfera laboral, como la exigencia, por ejemplo, de que en el momento de la contratación los datos que se recaben se limiten a los estrictamente necesarios para evaluar la idoneidad de los candidatos para ocupar el puesto de trabajo.

permitirse “los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto”<sup>44</sup>. No cabe duda, pues, de que las imágenes grabadas por las videocámaras en las que aparecen personas físicas identificadas o identificables son datos de carácter personal.

El Tribunal de Estrasburgo ya se pronunció sobre los límites de la videovigilancia en los lugares de trabajo en su Sentencia de 28 de noviembre de 2017 en el asunto *Antovic y Mirkovic contra Montenegro*. En este caso, los dos recurrentes, profesores en la Facultad de Matemáticas de la Universidad de Montenegro, alegaron la vulneración de su derecho a la vida privada cuando se decidió instalar sin su consentimiento un sistema de videovigilancia en un auditorio en el que impartían clase. Los tribunales internos rechazaron su pretensión al considerar que el auditorio en cuestión constituía un lugar público y que, por tanto, la privacidad de los recurrentes nunca estuvo en entredicho. El Tribunal no comparte ese criterio y da la razón a los demandantes. Tras recordar que la noción de vida privada puede incluir actividades profesionales y afirmar, por tanto, la aplicabilidad del art. 8 CEDH, concluyó que la videovigilancia suponía una injerencia en el derecho a la intimidad cuya justificación no llegó a ser considerada en ningún momento por los tribunales nacionales al desestimar desde el primer momento que la videovigilancia impugnada supusiera una intromisión en la vida privada de los profesores. A juicio del Tribunal, los auditorios universitarios son lugares de trabajo donde los profesores no sólo enseñan sino también se relacionan con los estudiantes

---

<sup>44</sup> Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el GT29 (apdo. 8). Se admiten como excepción “los sistemas de vigilancia por videocámara que se utilizan, sujetos a las garantías adecuadas, para cumplir requisitos de producción y seguridad laboral”. En cualquier caso, la vigilancia no puede extenderse a “lugares reservados al uso privado de los empleados o [que] no estén destinados a la realización de tareas de trabajo (como servicios, duchas, vestuarios o zonas de descanso)”. Vid. A. Gude, “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Político*, n° 91, 2014, pp. 45-90; y “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 20, 2015; y R. Tascón, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas, 2005, p. 153 y ss.

forjando su identidad social. Tiene en cuenta asimismo que entre los objetivos aducidos en el informe elaborado por el Decano para justificar la instalación de las cámaras de videovigilancia, además de la seguridad de la propiedad y las personas, incluyendo los estudiantes, se aludía a la vigilancia de la enseñanza. Esta última finalidad, el control de la enseñanza, no está contemplada legalmente como un motivo de videovigilancia.

El Tribunal llega a la conclusión de que sí hubo violación del art. 8 CEDH, porque la videovigilancia en cuestión no estaba prevista por la ley e incumplía las disposiciones del ordenamiento interno. Y es que los tribunales internos no se habían molestado en buscar una justificación legal para la videovigilancia, porque decidieron desde el principio que no había ninguna injerencia en la vida privada de los demandantes.

Pero la doctrina del Tribunal se formula con más extensión y claridad en su Sentencia 9 de enero 2018 en el asunto **López Ribalda y otras contra España**, que constata (por 6 votos contra 1) la violación del derecho a la vida privada de cinco cajeras de un supermercado sometidas a videovigilancia secreta.

La videovigilancia oculta o encubierta se había puesto en marcha ante las sospechas de hurtos al detectarse un desfase entre el nivel de stocks (el inventario) y las cifras de ventas diarias. Con el fin de investigar y acabar con las pérdidas económicas, la empresa instaló videocámaras tanto visibles como ocultas. La intención de las cámaras visibles era la de grabar posibles robos de los clientes y se situaron en la entradas y salidas del supermercado. El objetivo de las cámaras ocultas era el de grabar y controlar posibles robos por parte de las empleadas y se colocaron enfocando sobre las cajas registradoras, cubriendo la zona posterior de la caja. La empresa informó a sus trabajadoras sobre las cámaras visibles, pero ni ellas ni el comité de empresa fueron informadas de la instalación de cámaras ocultas y por tanto no sabían que estaban siendo grabadas. Las cajeras sospechosas de hurto fueron convocadas a entrevistas individuales en el curso de las cuales se les mostraron los videos. Las cámaras habían filmado a las demandantes ayudando a clientes y amigos a robar artículos y robando ellas mismas otros productos. A pesar de que las trabajadoras y el empleador llegaron a un acuerdo en el que una parte reconocía su

participación en el robo y se comprometía a no presentar una demanda laboral ante los tribunales, firmando el finiquito, y la otra parte se comprometía no iniciar un proceso penal contra ellas, finalmente las demandantes impugnaron la legalidad del despido ante la jurisdicción social. Y lo hicieron alegando que fueron despedidas con base principalmente en esas cintas de video, que según ellas, se habrían obtenido con violación de su derecho a la vida privada. Los tribunales españoles admitieron esas cintas como prueba legalmente obtenida y consideraron procedentes los despidos en todas las instancias<sup>45</sup>. Y el Tribunal Constitucional no admitió los recursos de amparo interpuestos por las trabajadoras.

Las demandantes piden al TEDH que declare la existencia de una violación de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada) y el artículo 6.1 (derecho a un juicio justo) del Convenio. Consideran que la captación de imágenes por las cámaras ocultas sin previa comunicación había violado su derecho a la vida privada y que al aceptar los órganos jurisdiccionales la validez de la prueba videográfica no habían tenido un juicio justo. Aducen asimismo que los acuerdos de transacción a los que habían llegado con la empresa en presencia del representante sindical y la suscripción de los finiquitos no podían considerarse válidos al haberse concluido bajo coacciones<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> En sentencias fechadas el 28 de enero y el 24 de febrero de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ratificó las dos sentencias dictadas en primera instancia y declaró expresamente que la videovigilancia encubierta era conforme con el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, y fue proporcionada respecto a la finalidad legítima que se perseguía.

<sup>46</sup> El Estado alegó que se trataba de un conflicto entre particulares, de cuyo resultado no era responsable. Según el Gobierno español, la videovigilancia se llevó a cabo siguiendo las instrucciones del empleador de las demandantes, una empresa privada que por su actividad no podía comprometer la responsabilidad del Estado con arreglo al Convenio. Las autoridades españolas sancionan de manera efectiva la instalación de videovigilancia en los centros de trabajo sin previa comunicación a los trabajadores a través de la Agencia de Protección de Datos si hay una denuncia, por lo que cumplen su obligación positiva de garantizar el respeto de las normas del Convenio. Además el Tribunal Constitucional, a partir de 2013, ha establecido que si la videograbación oculta que no cumple la normativa de protección de datos es la única prueba para el despido, el mismo debe ser considerado nulo. Pero las pruebas de los robos no eran exclusivamente las derivadas de las grabaciones ocultas, por lo que los jueces habían tenido en cuenta también otros elementos relevantes para fijar los hechos. Rebatiendo esta

El Tribunal subraya el impacto de una medida como la videovigilancia encubierta de un empleado en su lugar de trabajo: “debe considerarse, en sí misma, como una importante intromisión en su vida privada”, en el sentido del artículo 8.1, porque “supone el registro y reproducción de información sobre la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que no puede eludir ya que está obligada mediante un contrato de trabajo a llevarla a cabo en dicho lugar”.

El Tribunal reconoce que la videovigilancia se llevó a cabo tras el descubrimiento de pérdidas por parte del coordinador de la tienda, lo que dio lugar a una sospecha fundada de robo, pero señala asimismo que la información visual obtenida implicaba el almacenamiento y el tratamiento de datos personales, estrechamente vinculados con la esfera privada de los individuos. Este material fue procesado y examinado por varias personas que trabajaban para el empleador (entre otras, la representante sindical y la representante legal de la empresa) antes de que las propias demandantes fueran informadas de la existencia de dichas grabaciones.

El Tribunal concluye que en virtud de la legislación española sobre protección de datos tendría que haberse informado a las demandantes que estaban sometidas a vigilancia y se estaban tratando sus datos personales, pero no se hizo así<sup>47</sup>. Considera que existían otros

---

argumentación exculpatoria, el Tribunal reitera una vez más que, “si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tal injerencia: además de este compromiso fundamentalmente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones personales”.

<sup>47</sup> Conforme al artículo 5 de la Ley española de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), vigente en ese momento, las demandantes tenían derecho a ser “previamente informadas de modo expreso, preciso e inequívoco de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información” y del resto de la información regulada en dicho artículo. La existencia de la norma tan clara implicaba que los trabajadores tenían una expectativa razonable de privacidad, pero la empresa no cumplió con los requisitos del citado art. 5 LOPD. El artículo 3 de la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos también especificaba que esta obligación debía aplicarse a toda persona que utilizara

medios de proteger los derechos del empleador y que éste habría podido comunicar al menos a las demandantes informaciones generales relativas a la vigilancia. Y aclara, saliendo al paso de eventuales reproches de incoherencia, que no apreció violación en el asunto *Köpke contra Alemania*, que concernía también a la videovigilancia secreta de una asalariada, porque en ese asunto el Derecho interno no contenía ninguna disposición clara sobre la cuestión, la videovigilancia se aplicó únicamente a dos empleados y fue limitada en el tiempo (dos semanas)<sup>48</sup>. Además, a diferencia de *Köpke* la videovigilancia encu-

---

sistemas de videovigilancia, en cuyo caso debía colocar un signo distintivo indicando las zonas videovigiladas, y poner a su disposición un documento conteniendo la información prevista en el citado artículo 5. En la actualidad, el art. 11 (*Transparencia e información al afectado*) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que adapta nuestro ordenamiento al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), reitera la exigencia de información establecida en el artículo 14 del Reglamento (la que el responsable del tratamiento debe facilitar cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado). Esta exigencia guarda estrecha conexión con la definición que el artículo 4.11 del RGPD hace del consentimiento: “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Vid. P. Bru y J. Gutiérrez, “Sobre la vídeo-vigilancia en el centro de trabajo y el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 932, 2017, p. 1 y ss; y C. González, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2019.

<sup>48</sup> En la decisión de inadmisión de 5 de octubre de 2010 en el asunto *Köpke contra Alemania*, la demandante, que trabajaba también como cajera en un supermercado, fue despedida por robo, como resultado de una medida de videovigilancia secreta puesta en marcha por su empleador con la ayuda de una agencia de detectives privados. Ella recurrió en vano ante los tribunales laborales internos y su recurso ante el Tribunal Constitucional Federal fue desestimado. El Tribunal declaró inadmisibles (por estimarla manifiestamente mal fundada) la demanda de la trabajadora, que invocaba el artículo 8 del Convenio, al considerar que las autoridades nacionales habían logrado un justo equilibrio, dentro de su margen de apreciación, entre el derecho al respeto de la vida privada de la demandante, el interés de su empleador en la protección de sus derechos de propiedad y el interés público en la correcta administración de justicia. El Tribunal advierte sin

bierta no estaba motivada por una sospecha previa contra las cinco demandantes y, por consiguiente, no se dirigía específicamente contra ellas, sino contra todo el personal encargado de las cajas registradoras, durante varias semanas, sin límite de tiempo y durante toda la jornada laboral.

El Tribunal no puede compartir, por tanto, la apreciación de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de la medida. La vídeovigilancia llevada a cabo por el empresario no cumplió los requisitos establecidos en la legislación interna, en particular la obligación

---

embargo que el peso respectivo de los diferentes intereses en conflicto podría evolucionar en el futuro, en la medida en que las nuevas tecnologías, cada vez más sofisticadas, posibilitan nuevas formas más insidiosas de atentar contra la vida privada.

La principal diferencia con el asunto *López Ribalda*, es que en este caso cuando el empleador llevó a cabo la vídeovigilancia encubierta por sospecha de robo contra dos empleados, las condiciones en las que un empleador podía recurrir a la vídeovigilancia de un empleado para investigar un delito penal todavía no habían sido establecidas legalmente en Alemania y no estaba obligada para salvaguardar el derecho a la vida privada de los trabajadores a regular la utilización de “videovigilancia encubierta” por parte de los empleadores. A la vista de las circunstancias del caso, el Tribunal consideró proporcionada la medida de vigilancia: se habían detectado pérdidas; la conducta de la demandante y de otro empleado eran sospechosas y sólo ellos fueron objeto de vigilancia; la medida fue limitada en el tiempo y sólo se captaron imágenes en el área que rodea la caja y era accesible para el público”. En otras palabras, “la injerencia en la vida privada de la demandante se limitó a lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la vídeovigilancia. Los tribunales internos consideraron además que el interés del empleador en la protección de sus derechos de propiedad solo podía salvaguardarse eficazmente mediante la recopilación de pruebas que pudieran demostrar la conducta delictiva de la demandante en los procedimientos judiciales. Se preservó así el interés público en una adecuada administración de justicia, despejando además las sospechas sobre otros empleados. Realmente no había ningún otro medio igualmente eficaz para proteger los derechos de propiedad del empleador que hubiera impactado en menor medida en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada. El inventario no pudo vincular claramente las pérdidas descubiertas con un empleado en concreto y la vigilancia por parte de superiores o compañeros o la vídeovigilancia abierta no ofrecían las mismas perspectivas de éxito en orden a descubrir a los responsables del robo. Vid. N. Hervieu, “Premiers regards de la Cour européenne des droits de l’homme sur la vidéosurveillance au travail: Cour européenne des droits de l’homme, décision Köpke c. Allemagne, 5 octobre 2010”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 87 (1er juil. 2011), pp. 671-694.

de información previa, explícita, precisa e inequívoca a los afectados interesados sobre la existencia y las características particulares de un sistema de recogida y tratamiento de datos personales. Los derechos del empresario podrían haberse salvaguardado, al menos hasta cierto punto, por otros medios, en especial informando previamente a las demandantes de la instalación de un sistema de videovigilancia y proporcionándoles la información legalmente exigida. Pero la clave de la decisión del Tribunal radica en el hecho de que con arreglo a la legislación de protección de datos española se debería haber notificado previamente a las trabajadoras la colocación de las cámaras. En definitiva, los tribunales nacionales no alcanzaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y los derechos patrimoniales del empleador<sup>49</sup>.

En cuanto al artículo 6.1 del Convenio, el Tribunal declara que no ha habido vulneración ya que, por un lado, a las demandantes se les ha permitido cuestionar la autenticidad de las grabaciones durante el proceso judicial y, por otro, las decisiones judiciales no se basaron

---

<sup>49</sup> Discrepa de sus colegas de Sala el Juez Dedov, entre otras razones porque cree que la decisión de la mayoría en este asunto es incoherente con la jurisprudencia del Tribunal. Difiere del enfoque adoptado en otros casos, como el de *Barbulescu*, en el que el empresario había grabado las conversaciones privadas del demandante con miembros de su familia. En este asunto, no se ha producido una injerencia de ese tipo en la vida privada de las demandantes. En cambio, las circunstancias en *Köpke* eran similares a las del presente asunto. Se podría decir que la injerencia en el caso de *Köpke* fue más grave incluso porque sólo había cámaras ocultas y el empleado no fue informado en ningún momento de la vigilancia. Dedov no cree que la videovigilancia fuese en este caso una medida abusiva. En primer lugar, las cámaras se instalaron en espacios públicos, no en espacios privados. Y no se puede decir que las demandantes no fueron informadas al respecto. Tenían que haber previsto que serían grabadas en los lugares en los que habían almacenado los artículos robados. Insiste asimismo en que las pérdidas identificadas por el gestor fueron bastante cuantiosas (entre unos 8.000 y 25.000 euros mensuales) para un supermercado minorista y habían aumentado de forma constante con el paso del tiempo, de modo que se podía deducir razonablemente que las pérdidas no podían haber sido causadas por una sola persona. Por tanto, no puede concluirse que la vigilancia fuera innecesaria. Y en cualquier caso, el fallo de la mayoría contradice un principio general del Derecho: no se debe permitir que los demandantes se beneficien legalmente de sus propios actos ilícitos. El Convenio no puede interpretarse de manera que permita la comisión de irregularidades.



únicamente en dichas grabaciones sino también en las declaraciones testificales. Tampoco considera que los acuerdos o los finiquitos se suscribieran bajo amenazas o coacciones por parte del empleador.

#### 4.2. *El contraste entre la doctrina del TEDH y la que mantienen tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo*

La sentencia en el caso *López Ribalda*, pendiente en estos momentos de una decisión de la Gran Sala<sup>50</sup> ha generado una intensa polémica en nuestro país<sup>51</sup>, porque contrasta de nuevo con la doctrina esta-

---

<sup>50</sup> El 28 de mayo de 2018 el colegio de la Gran Sala aceptó la solicitud del Gobierno español de reenviar el asunto ante la Gran Sala.

<sup>51</sup> Especialmente crítico se muestra Jesús Alfaro Águila-Real en el blog “almacenederecho” (entrada de 10 de enero de 2018). A su juicio, es una sentencia poco ejemplar y escasamente prudente, que no ha respetado el margen de apreciación de que disponen los Estados y los tribunales nacionales a la hora de ponderar los derechos en conflicto, que en este caso no son sólo el derecho a la vida privada de las cajeras y el derecho del empleador a tomar medidas para evitar que roben sus bienes, sino también “el interés público en que los empleados ladrones sean denunciados y sancionados”. En su opinión, el Tribunal se decanta indebidamente por el primero, porque no se trata aquí de proteger a los españoles del “Gran Hermano”, sino de permitir que un particular pueda vigilar un espacio que es de su propiedad. Además, el Tribunal no tiene en cuenta en absoluto la inmoralidad de la conducta de las empleadas, como si fuera irrelevante. Como señala el Juez Dedov en su voto particular, “a los tribunales hay que acudir con las manos limpias (*clean hands*) y no puede ser irrelevante que las empleadas se dedicaran a robar a mansalva... y que, finalmente, se les reconozca una indemnización por daño moral por haber sido grabadas sin saberlo en sus puestos de trabajo situados en un espacio abierto al público y sabiendo que había cámaras aunque no dirigidas específicamente a las cajas registradoras”. Obviando todas estas circunstancias y consideraciones, la sentencia se basa casi exclusivamente en que la empresa infringió la normativa de protección de datos vigente en España, que exige que se comuniqué públicamente la instalación de las cámaras de videovigilancia. Para una valoración positiva, vid., entre otros, E. Rojo Torrecilla, “Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso *López Ribalda* y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 2, 2018, pp. 135 y ss. Vid. también A. Pérez Canet, “De nuevo, sobre la videovigilancia como una medida de control de la actividad laboral”, *Revista de Información Laboral*, n° 1, 2018, p. 2.; y A.I. García Salas, “El deber empresarial de informar acerca de

blecida por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2016, de 3 de marzo (*caso Bershka*)<sup>52</sup>, que se separa ostensiblemente a su vez de la línea marcada en otra decisión anterior, la STC 29/2013, de 11 de febrero, que había puesto el acento en el deber de información previa, que formaría parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos y vendría a compensar de algún modo la exención del requisito del consentimiento en la esfera laboral (el consentimiento expreso no es necesario, pero la información previa sí)<sup>53</sup>.

---

la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, n° 2, 2018, p. 5.

<sup>52</sup> De “enmienda a la totalidad” la califica J. Cabeza Pereiro (“El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales*, n° 141, 2018, p. 34).

<sup>53</sup> En este asunto, que se plantea desde la perspectiva del art. 18.4 CE, y no del derecho a la intimidad, un empleado de la Universidad de Sevilla fue sancionado por llegar tarde y ausentarse del trabajo, tras comprobarse que no cumplía su jornada laboral mediante las imágenes captadas por videocámaras instaladas en los accesos a las dependencias. Ante la sospecha de irregularidades, el director de recursos humanos decidió verificar mediante esas grabaciones las horas de entrada y salida del demandante de su puesto de trabajo durante un período determinado. Para el Tribunal Constitucional, “al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD..., tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica”. No hay pues en el ámbito laboral ninguna razón para omitir o limitar ese derecho a la información previa, que forma parte del contenido del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Y no se puede justificar apelando al interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos u ocultos de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en ese objetivo de vigilancia. En el caso enjuiciado, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para supervisar el cumplimiento de su contrato, sin haber informado al trabajador de esa posible utilización. La respuesta de nuestro Tribunal Constitucional coincide exactamente con la posición sostenida por el TEDH en *López Ribalda*: “No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad

La principal discrepancia radica en la relevancia atribuida a la infracción de la normativa interna en materia de protección de datos en lo que concierne a la obligación de información previa, porque en la 39/2016 el Tribunal Constitucional, que toma como referencia la sentencia *Barbulescu I*, dictada semanas antes por el TEDH, llega a la conclusión de que cuando las cámaras se instalan ante la sospecha de hurtos, se colocan en zonas de acceso público (y no en lugares en los que los trabajadores pudieran tener expectativas de intimidad), y no se conserven las grabaciones más allá de lo necesario ni se utilicen para fines espurios, el hecho de que la empresa hubiera incumplido la normativa sobre protección de datos no implica una lesión del derecho a la intimidad, sin perjuicio de que esa infracción pudiera ser sancionada por la autoridad administrativa competente (“en todo caso, el incumplimiento...del deber de información previa solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”)<sup>54</sup>.

---

de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”. La sentencia distingue pues entre cámaras instaladas de forma permanente para el control aleatorio de la actividad de los trabajadores y grabaciones puntuales destinadas a comprobar exclusivamente sospechas o indicios previos de incumplimientos contractuales. Vid. A. Tapia Hermida, “El control de la actividad laboral mediante la captación y grabación de imágenes personales (vídeo-vigilancia)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, n° 362, 2013, p. 153 y ss; .R. Gallardo, “El derecho fundamental...”, cit., pp. 163 y ss); y R. Tascón, “Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, n° 415, octubre 2017, pp. 70 y ss.

<sup>54</sup> Una tesis que comparte E.E. Taléns Visconti: “el debido respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores no puede servir de asidero para mitigar o dejar sin efecto conductas ciertamente irregulares y reprochables por parte de éstos. No tiene demasiado sentido que para sancionar a una persona penalmente se pueda tener en cuenta una grabación realizada a través de vídeo-cámaras, mientras que en el ámbito laboral se exijan unas obligaciones más elevadas, consistentes en informar previamente, de forma inequívoca y expresa a los trabajadores cuando, por lo demás, un análisis cabal sobre la normativa en vigor no parece apuntar hacia esta dirección” (“Vídeo-vigilancia y protección de datos

En este caso, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por una trabajadora despedida tras ser grabada sustrayendo dinero de la caja por una cámara de videovigilancia instalada en la tienda donde prestaba sus servicios sin comunicación previa a los empleados<sup>55</sup>. La cámara, que estaba situada en el lugar donde la demandante realizaba su trabajo, “enfocando directamente a la caja”, captó

---

en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, nº 3, 2018, p. 81-82).

<sup>55</sup> La sentencia explica, en primer lugar, que la imagen es considerada “un dato de carácter personal”, según lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos (LOPD) y que el consentimiento del afectado es determinante en esta materia. Pero la LOPD contiene excepciones a esa regla general y dispensa de la obligación de recabar el consentimiento del afectado en el ámbito laboral cuando “el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”. Para el Tribunal, ese consentimiento “se entiende implícito en la propia aceptación del contrato”. Pero la ley establece también el deber de información previa sobre el uso y destino de los datos, incluso en los supuestos en los que no sea necesario el consentimiento. En este punto, el Dictamen 2/2017, antes citado, recuerda que “los trabajadores casi nunca están en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente, habida cuenta de la dependencia que resulta de la relación empresario/trabajador. Dado el desequilibrio de poder, los trabajadores solo pueden dar su libre consentimiento en circunstancias excepcionales, cuando la aceptación o el rechazo de una oferta no tiene consecuencias” (p. 25). El Grupo de Trabajo ya lo había advertido en su Dictamen 8/2001: “El recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello”. La base jurídica del tratamiento sistemático de datos personales del trabajador no puede ser, por tanto, su libre consentimiento. Una postura más matizada es la que mantiene S. Rodríguez Escanciano (“Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, de 22 de abril de 2016). Para esta autora, en aquellos supuestos en los cuales se trata de poner al descubierto una conducta ilícita de un concreto trabajador sobre el que recaen fundadas sospechas, estarían justificados, como ultima ratio, los controles ocultos porque en caso contrario se frustraría la finalidad pretendida. Y esta circunstancia es precisamente la que marca la diferencia con la 29/2013, porque en la Universidad de Sevilla la cámara se instaló sin que existieran indicios de incumplimiento previo. En cualquier caso, ha de acreditarse, como contrapartida, que no exista otro medio menos lesivo de los derechos fundamentales para conseguir el mismo resultado. Y ese es quizá el flanco débil de la sentencia: tendría que haber valorado con mayor detenimiento si no había otro modo de comprobar las presuntas

su imagen apropiándose de dinero y realizando, para ocultar dicha apropiación, operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas.

La empresa no había informado a sus empleados de la instalación de esas cámaras dirigidas específicamente a vigilar la zona de las cajas, pero, en cumplimiento de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sí había colocado un distintivo informativo sobre la existencia de cámaras (“zona videovigilada”) en el escaparate de la tienda. Y para el Tribunal ese distintivo es suficiente, porque la demandante de amparo “podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas”. Se cumple, por tanto, con el deber de información previa. Por otra parte, las imágenes captadas fueron tratadas únicamente para el control de la relación laboral. El Tribunal entiende que la sentencia recurrida había valorado adecuadamente la proporcionalidad de la medida de vigilancia adoptada por el empresario. Se trataba de una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que algunos de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si alguno de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja). Por todo ello, “debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE”.

En su voto particular, los Magistrados Valdés y Asua afirman que la sentencia supone un “retroceso en la protección de los derechos fundamentales” de los trabajadores. Entienden que debió declarar la nulidad del despido porque la instalación de las cámaras se realizó sin informar al empleado de su finalidad concreta y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la protección de los datos personales<sup>56</sup>. Por

---

conductas irregulares (a través de otros medios de prueba, como las declaraciones de testigos).

<sup>56</sup> Es un retroceso relativo, porque en la STC 186/2000, de 10 julio, el Tribunal validó como prueba de cargo en un proceso de despido una grabación efectuada por videocámaras orientadas a la zona de un economato donde se ubicaban las cajas, que se habían instalado, tras detectarse algunas irregularidades, sin haber

su parte, el Magistrado Xiol, autor de otro Voto Particular, considera que la información genérica sobre la instalación de cámaras de videovigilancia dirigida al público es “insuficiente” en el ámbito laboral. En su opinión, admitir que el empresario, “ante cualquier sospecha”, está “autorizado por la Constitución” a instalar libremente cámaras para el control del trabajo “dinamita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos”, pues lo hace “ineficaz, carente de todo sentido práctico e irreconocible”.

Esta deriva de la jurisprudencia constitucional más reciente, que algunos no dudan en calificar como involución, secundada en buena medida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tiende a poner el interés empresarial por encima de los derechos que el artículo 18 CE reconoce a los trabajadores. Cualquiera que sea el juicio que nos merezca en clave interna, es evidente que no se ajusta a la doctrina, más garantista, consagrada en el caso *López Ribalda*<sup>57</sup>.

En cambio, los tribunales laborales de instancia y suplicación vienen adoptando una postura, menos condescendiente con las facultades de control del empresario, que sigue claramente la estela de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>58</sup>. La apelación a la doctrina establecida en el caso *Lopez Ribalda* es bien explícita, por ejemplo, en

---

informado previamente a los trabajadores: “El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados... carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo”. Vid. D. Martínez Fons, “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las STCo 98/2000 y 186/2000, de 31 de julio”, *Relaciones Laborales*, I, 2002, pp. 293 y ss.

<sup>57</sup> Vid. C.H. Preciado Domènech, “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalda y otras c. España”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2018, p. 9. En contra de esa acomodación a una doctrina del TEDH que considera equivocada, E.E. Taléns Viscont (*op. cit.*, p. 80-81). Vid. también A.I. García Salas, “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2018, p. 5.

<sup>58</sup> C. Molina Navarrete cita varias sentencias dictadas por distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para evidenciar esa discordancia (*op. cit.*, pp. 146-150).

la Sentencia del TSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2018, que declara la nulidad del despido de una cajera de la cooperativa Eroski al considerar ilícita la prueba video-gráfica aportada por la empresa: “la Sala ha de tener también en cuenta –y muy especialmente– la reciente STEDH de 9 de enero de 2018...”. Lo que le lleva a concluir que “la grabación realizada por la empresa vulnera el derecho a la vida privada de la trabajadora demandante, dado que no fue informada de la existencia de tal sistema de video vigilancia ni de los extremos de los que debió haber sido informada según la previsión del artículo 5 LOPD...”.

También se alinea con la pauta marcada por el TEDH la Sentencia de 21 de marzo de 2018 del TSJ de Castilla-La Mancha, que niega validez probatoria a una grabación realizada sin haber informado previamente a los trabajadores de la finalidad laboral del control. El supuesto enjuiciado era muy similar al examinado en la STC 39/2016 (sólo existía un distintivo genérico de videovigilancia), pero la Sala advierte que el criterio aplicado entonces por el Tribunal Constitucional “podría cambiar a la vista de la doctrina sentada por el TEDH” sobre “la obligación de informar previamente, explícitamente...y sin ambigüedad de lo relativo a la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos personales”<sup>59</sup>.

Habrá que esperar para ver si nuestros más altos tribunales acaban digiriendo la exigencia de una información previa, específica, clara, precisa y expresa sobre la instalación de dispositivos de videovigilancia, y si el legislador toma cartas en el asunto a la vista de la incertidumbre existente en estos momentos<sup>60</sup>, pero mientras tanto los

---

<sup>59</sup> Vid., asimismo, la STSJ (Madrid) de 23 de abril de 2018 (declara ilícita la grabación obtenida por detectives privados con cámara oculta) y la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 2 de Córdoba de 20 de abril de 2018 (declara inadmisibile la prueba videográfica e improcedente, por tanto, el despido de una trabajadora de un hipermercado tras ser grabada por una cámara oculta consumiendo un producto destinado a la venta del público, sin abonar su coste).

<sup>60</sup> En favor de una intervención del legislador para suplir lagunas y resolver contradicciones, C. Molina Navarrete (op. cit., p. 154 y ss); F. Valdés Dal-Ré (op. cit., p. 34), J. Cabeza Pereiro (op. cit., p. 36); y M.E. Casas Baamonde, “Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada de los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 2,

jueces y tribunales de instancias inferiores parece que se toman muy en serio el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El titular del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona acaba de dictar el 18 de febrero de 2019 una sentencia en la que, con explícita remisión a los criterios establecidos por el TEDH en el caso *López Ribalda*, llega a la conclusión de que la prueba obtenida mediante las imágenes captadas por las cámaras de vigilancia es nula, porque la empresa se había limitado a poner un cartel avisando de la presencia de cámaras (zona videovigilada), pero no había informado previamente a los trabajadores de su instalación ni de la concreta finalidad del sistema instalado, lo que incluye la eventual utilización por el empleador con finalidad sancionadora si se detectan incumplimientos contractuales de los trabajadores<sup>61</sup>. Quedan absolutamente prohibidas, añade la sentencia, las grabaciones encubiertas u ocultas, que es tanto como decir no informadas. Las sospechas de irregularidades graves en el desempeño de la actividad laboral no legitiman una excepción del deber de informar sobre el alcance concreto de las medidas de videovigilancia, ni exonera de cumplir las exigencias del Reglamento General de Protección de Datos (“el deber informativo sobre el alcance de las medidas de video vigilancia, incluyendo la finalidad sancionadora, es una exigencia que se impone en todo caso, más allá de la mera colocación del cartel informativo, conforme a la

---

2018, pp. 103 y ss. Téngase en cuenta, además, que el propio art. 88 del RGDPD dispone que “los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral”, y que “dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento,...y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”.

<sup>61</sup> Tras una discusión previa dentro del centro de trabajo y una vez concluida la jornada, el demandante y otro trabajador se enzarzaron en una pelea en el parking de la empresa. Las cámaras grabaron esa pelea y el demandante fue despedido. Aunque el juez concluye que la prueba obtenida es nula de pleno derecho por vulnerar un derecho fundamental, declara procedente el despido disciplinario porque se practicó otra prueba desvinculada de las grabaciones ilícitas, la declaración de un testigo presencial de la agresión.



jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Reglamento General de Protección de Datos”)<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> En este sentido, es bien elocuente la afirmación contenida en el Documento de trabajo del GT29 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, ya mencionado: “En el contexto laboral, la información facilitada en forma de símbolo, por ejemplo, no se considerará suficiente”.



# DE LAS RESERVAS IRLANDEAS A LA CDFUE A LA “REVOLUCIÓN TRANQUILA”: EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE IRLANDA

Graciela López de la Fuente

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Valladolid  
graciela.lopez@uva.es*

## 1. ANTECEDENTES: LA RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA Y LAS PREOCUPACIONES PLANTEADAS POR IRLANDA

Ciertos Estados europeos, tales como el Reino Unido, Polonia, la República Checa o en el caso que nos ocupa, Irlanda, manifestaron su preocupación por la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) y su posible incidencia respecto de sus normas constitucionales<sup>1</sup>. No obstante, el caso de Irlanda es un tanto particular por las soluciones adoptadas como por los acontecimientos posteriores, como veremos.

Cabe recordar que el Tratado de Lisboa incorporó una importantísima novedad en el artículo 6.1 TUE al establecer que: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre

---

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión véase RUANO DELGADO, David: “Las ¿excepciones? de Polonia, Reino Unido y República Checa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio y Labayle, Henri (dirs.): *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, pp. 449-471.

de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>2</sup>. Para adentrarnos en el tema, es necesario remontarnos a lo sucedido en el momento de la ratificación del Tratado de Lisboa y el referéndum en Irlanda.

El 12 de junio de 2008, una mayoría de irlandeses se pronunciaron a favor del “no” en el referéndum para la ratificación del Tratado de Lisboa poniendo en peligro el proceso de construcción europea<sup>3</sup>. El

---

<sup>2</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue mantenida en un texto aparte, jurídicamente vinculante y con el mismo valor jurídico de los Tratados. Tal y como explica Bar Cendón, “una de las novedades más llamativas y significativas de la reforma realizada por el Tratado de Lisboa quizá sea la no inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en los Tratados. Efectivamente, en línea con la presión realizada por algunos Estados miembros –notablemente el Reino Unido, Polonia y la República Checa– en el sentido de desposeer a la Unión de cualquier seña de identidad que pudiese asemejarla a un super-Estado, una de las materias incluidas en la Constitución europea que centró la atención y el rechazo fue precisamente la Carta de los Derechos Fundamentales, que había sido introducida como Título II del texto constitucional. Se trataba, pues, no sólo de eliminar la Constitución europea como instrumento normativo supremo de la Unión, sino también de evitar la inclusión en los Tratados de todas aquellas previsiones normativas que pudiesen dar a los mismos –desde el punto de vista formal– un aspecto constitucional. En este sentido, pues, los Tratados salidos de la nueva reforma que se trataba de abordar no podrían incluir nunca una declaración general de derechos fundamentales. Es así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE –el Título II la Constitución europea– no fue incluida en los Tratados vigentes por el Tratado de Lisboa”. BAR CENDÓN, Antonio: “El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea”. En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Cedriol* 60/61 (2007), p. 204.

<sup>3</sup> El referéndum irlandés obtuvo una participación en torno a un 53% y contó con un 53,4% de los votos en contra. En palabras de Bar Cendón, “una mezcla de irresponsable desidia gubernamental, que llevó a realizar unas campañas a favor del ‘sí’ tibias, mal preparadas y peor realizadas, mezclada con una demagógica y claramente falaz actuación por parte de los partidarios del ‘no’, unidas a un sentimiento antigubernamental bastante generalizado en cada uno de los países en cuestión, fue la receta más adecuada para conseguir un resultado negativo”. BAR CENDÓN, Antonio: Ob. cit., p. 215. Véase también sobre esta cuestión: CLOSA MONTERO, Carlos: “Tras Irlanda: referéndum y unanimidad”. En: *ARI Real Instituto Elcano* 62, 16 de junio de 2008. En: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido!ut/p/a1/04\\_Sj9CPykssy0x-t1tMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38\\_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjFUL-sh0VAepxmvsl!?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0x-t1tMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjFUL-sh0VAepxmvsl!?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/)

referéndum irlandés, como bien afirma Allué Buiza, quedó enmarcado “en una dura confrontación acerca de los valores constitucionales, intangibles o indisponibles para el proceso de construcción comunitario”<sup>4</sup>. Sin embargo llama la atención, tal y como explica Bar Cendón, que la valoración política de la situación se hizo en ese momento sobre coordenadas europeas, cuando en realidad, éstas tenían muy poco que ver con los motivos que habían llevado al pueblo irlandés a pronunciarse como lo hizo. Así, “el pueblo irlandés no votó ‘no’ a esa reforma ni a esa Europa más políticamente integrada; de hecho, el 22% de los que votaron ‘no’ dijeron haberlo hecho por la falta de información que tenían sobre el Tratado, y un 10% por no fiarse de los políticos y estar en contra del Gobierno. Por otra parte, las cuestiones puramente ‘europeas’ ocuparon un lugar ínfimo en las consideraciones tomadas en cuenta por los votantes para votar ‘no’: sólo un 6% dijo haber votado ‘no’ para mantener la tradicional neutralidad de Irlanda en cuestiones de defensa y seguridad; y también fue un 6% los que dijeron haber votado ‘no’ para mantener un miembro irlandés en la Comisión, o para proteger el sistema impositivo irlandés. Un poco menor (5%) fue la cifra de los que dijeron estar en contra de una Europa unificada, y la de aquellos que estimaron que el Tratado de Lisboa permitiría la introducción en Irlanda de legislación autorizando el aborto, la eutanasia y el matrimonio homosexual (2%). En realidad, pues, las ‘preocupaciones del pueblo irlandés’ –como luego las denominaría su propio Gobierno– nunca fueron tales”<sup>5</sup>.

Ante tal situación, los líderes europeos optaron, en el Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre de 2008, por buscar una solución que

---

ARI62-2008; CHARI, Raj: “¿Por qué rechazaron los irlandeses el Tratado de Lisboa? Un análisis de los resultados del referéndum”. En: *ARI Real Instituto Elcano* 69, 18 de julio de 2008. En: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano\\_es/contenido!/ut/p/a1/04\\_Sj9CPYkssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKN-Q1zcA73dDQ38\\_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl!?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/ARI69-2008](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano_es/contenido!/ut/p/a1/04_Sj9CPYkssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKN-Q1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl!?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI69-2008)

<sup>4</sup> ALLUÉ BUIZA, Alfredo: “La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009”. En *Revista de Estudios Europeos* 54 (2010), p. 14.

<sup>5</sup> BAR CENDÓN, Antonio: Ob. cit., p. 216. Los porcentajes que ofrece el autor fueron obtenidos del Eurobarometer: «Post-referendum survey in Ireland. Analytical Report», Flash Eurobarometer n° 245 (Julio de 2008). En: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl\\_245\\_full\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_245_full_en.pdf)

habría de estar lista para el Consejo Europeo de 11 y 12 diciembre de 2008. Así, el Gobierno irlandés presentó al Consejo una “Declaración de las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa” especificando una serie de cuestiones en torno al Tratado de Lisboa. Entre las preocupaciones del pueblo irlandés expresadas por el *Taoiseach* (Primer Ministro de Irlanda) destacaba la necesidad de garantizar el mantenimiento de su tradicional política de neutralidad; garantizar que las previsiones del Tratado no afectarían a la continuidad de la aplicación de las disposiciones de la Constitución irlandesa en relación con el derecho a la vida, la educación y la familia; garantizar que en el ámbito de la fiscalidad el Tratado no introduciría cambios en relación con el alcance o el ejercicio de las competencias de la Unión; y confirmar que la Unión concedería gran importancia a la protección de los derechos de los trabajadores, el progreso social y los servicios públicos<sup>6</sup>.

En el Consejo Europeo de diciembre de 2008 con el objetivo de que el Tratado de Lisboa pudiera entrar en vigor antes del final de 2009, se acordó dar respuesta a las preocupaciones expresadas por el pueblo irlandés con ocasión del referéndum y definir un procedimiento de actuación al respecto. En realidad, tal y como evidencia Bar Cendón, el Consejo Europeo no dudó en conceder a Irlanda lo que pedía por escrito ya que ni lo establecido en el Tratado de Lisboa ni, desde luego, lo establecido en la actualidad por los Tratados vigentes, en nada afectaba o contravenía lo reclamado por el Primer Ministro irlandés, como veremos. En otras palabras, “las exigencias irlandesas estaban ya concedidas de antemano”<sup>7</sup>. Y así quedó recogido en la Conclusión de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008:

“3. El Consejo Europeo ha tomado nota cuidadosamente de las demás preocupaciones del pueblo irlandés presentadas por el Primer Ministro de Irlanda, expuestas en el Anexo 1 y relativas a cuestiones sobre la política fiscal, la familia, cuestiones sociales y éticas, y sobre la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD)

---

<sup>6</sup> Anexo I (Declaración de las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, expuestas por el Primer Ministro irlandés) de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008.

<sup>7</sup> BAR CENDÓN, Antonio: Ob. cit., p. 217.

por lo que atañe a la tradicional política de neutralidad de Irlanda. El Consejo Europeo conviene en que, a condición de que Irlanda contraiga el compromiso formulado en el apartado 4, todas las preocupaciones establecidas en la citada declaración se abordarán para mutua satisfacción de Irlanda y de los demás Estados miembros.

Se darán las necesarias garantías jurídicas con respecto a los siguientes tres puntos:

- ninguna disposición del Tratado de Lisboa introduce cambio alguno, para ningún Estado miembro, en relación con el alcance o el ejercicio de las competencias de la Unión en materia de fiscalidad;
- el Tratado de Lisboa se entiende sin perjuicio de la política de seguridad y defensa de los Estados miembros, incluida la tradicional política de neutralidad de Irlanda y de las obligaciones de la mayoría de los demás Estados miembros;
- garantía de que las disposiciones de la Constitución irlandesa en relación con el derecho a la vida, la educación y la familia no se ven afectadas en modo alguno por la atribución de estatuto jurídico que hace el Tratado de Lisboa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni por las disposiciones de dicho Tratado relativas a la justicia y los asuntos de exterior.

Además, se confirmará la gran importancia concedida a los temas, incluidos los derechos de los trabajadores, que figuran en el apartado d) del Anexo 1.

4. A la luz de los compromisos arriba formulados por el Consejo Europeo, siempre que se complete satisfactoriamente el trabajo de seguimiento detallado para mediados de 2009, y dando por supuesto que tales compromisos se aplicarán de manera satisfactoria, el Gobierno irlandés se compromete a tratar de conseguir la ratificación del Tratado de Lisboa antes del final del mandato de la actual Comisión”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Puntos 3 y 4 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 11 y 12 de diciembre de 2008.

En definitiva, el Consejo Europeo accedió a acordar unas necesarias garantías jurídicas al respecto a cambio del compromiso del Gobierno irlandés de tratar de conseguir la ratificación del Tratado de Lisboa antes del final del mandato de la Comisión, el 31 de octubre de 2009.

## 2. LA SOLUCIÓN ADOPTADA A LOS OBSTÁCULOS DE IRLANDA: ¿UNA SOLUCIÓN MÁS POLÍTICA QUE JURÍDICA?

El compromiso de la UE se concretó finalmente en el Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009 con dos instrumentos compatibles con los Tratados: una Decisión jurídica y una Declaración solemne adoptadas para ofrecer una supuesta garantía jurídica al pueblo irlandés con el fin de obtener la victoria del “sí” –tal y como finalmente ocurrió– en el segundo referéndum sobre el Tratado de Lisboa celebrado en Irlanda el 2 de octubre de 2009<sup>9</sup>.

### *2.1. Desde la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, sobre las preocupaciones del pueblo irlandés en relación con el Tratado de Lisboa y la Declaración solemne sobre los derechos de los trabajadores, la política social y otras cuestiones...*

En primer lugar, debemos centrarnos en la *Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo Europeo, sobre las preocu-*

---

<sup>9</sup> En esta segunda ocasión, la participación llegó al 59% y se logró una amplia mayoría de votos a favor del “sí” (67,1% de votos a favor). Resulta curioso observar que entre las razones más importantes de los irlandeses para votar “sí” figuraban que era lo mejor para los intereses de Irlanda (“It was in the best interest of Ireland”) y que la UE es beneficiosa para Irlanda (“Ireland gets a lot of benefit from the EU”). Véase Eurbarometer: “Post-referendum survey in Ireland. Analytical Report”, Flash Eurobarometer n°284 (octubre de 2009). En: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl\\_284\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_284_en.pdf)



*paciones del pueblo irlandés en relación con el Tratado de Lisboa*<sup>10</sup>. Se incluyen en la misma importantes previsiones en relación con el derecho a la vida, familia y educación (Sección A de la Decisión), la Política fiscal (Sección B de la Decisión) y sobre Seguridad y Defensa (Sección C de la Decisión). La Decisión, que surte efectos desde el mismo día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, deja claro que ni la CDFUE ni el Tratado de Lisboa inciden “ni en el alcance ni en la aplicabilidad de determinados derechos constitucionales (vida, protección de la familia y educación)”<sup>11</sup>. En otras palabras, las previsiones de la Constitución irlandesa sobre el derecho a la vida, la educación y la familia no se verán afectadas por el Tratado de Lisboa. Del mismo modo, se acuerda mantener su política de neutralidad militar y el control sobre los tipos impositivos (fiscalidad). En otro orden de cosas, ya se había acordado también que la Comisión Europea seguiría incluyendo a un nacional de cada Estado miembro. Sobre este último punto, en el Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2008, ya se acordó que se adoptaría una decisión, de conformidad con los procedimientos jurídicos necesarios, con el fin de mantener un Comisario por cada Estado miembro.

En segundo lugar, por su parte, la *Declaración solemne sobre los derechos de los trabajadores, la política social y otras cuestiones*<sup>12</sup> formulada por el Consejo Europeo de junio de 2009, confirma la importancia que para la Unión Europea tiene el progreso social, la protección de los derechos de los trabajadores y los servicios públicos. En definitiva, la Declaración solemne “no hace sino precisar de manera más extensa y detallada el compromiso con los valores de la Unión, los derechos fundamentales, la política social y los servicios públicos,

---

<sup>10</sup> Véase Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 18 y 19 de junio de 2009. En: [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/108642.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/108642.pdf)

<sup>11</sup> MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”. En *Revista española de Derecho Europeo* 39 (2011), p. 17.

<sup>12</sup> Véase Anexo II de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 18 y 19 de junio de 2009. En: [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/108642.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/108642.pdf)

tal y como son previstos en los Tratados, tras la reforma del Tratado de Lisboa”<sup>13</sup>.

La táctica estaba diseñada: acceder por lo tanto a las peticiones irlandesas, todo ello, con el fin de preparar un segundo referéndum para el pueblo irlandés sobre la ratificación al Tratado de Lisboa. Sin embargo, de acuerdo con Alcoceba Gallego, en realidad no se trató de una excepción irlandesa, ni excepción ni garantía jurídica, pues se trató más bien de una solución política (más que jurídica)<sup>14</sup> como vamos a ver.

Por lo que respecta a la Decisión, los Jefes de Estado y de Gobierno declararon que la misma: “i) otorga la garantía jurídica de que ciertas cuestiones que causan preocupación al pueblo irlandés no se verán afectadas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; ii) su contenido es plenamente compatible con el Tratado de Lisboa y no requerirá una nueva ratificación de dicho Tratado; iii) es jurídicamente vinculante y surtirá efecto en la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa”<sup>15</sup>.

Por un lado, se puede considerar que la Decisión equivale por su parte, a un Tratado internacional. Y, en este caso, un Tratado puede revisar otro Tratado y, en consecuencia la Decisión es jurídicamente vinculante y actúa como garantía jurídica.

Por otro lado, desde el derecho de la UE, una Decisión de este tipo equivale a un acuerdo político, por lo tanto no normativo y sin efectos jurídicos. No crea obligaciones jurídicamente exigibles. Así, en principio, una Decisión no modificaría un Tratado puesto que no sigue el cauce adecuado para su modificación (exclusividad del procedimiento de revisión de los Tratados en Derecho de la UE). Así, en caso de conflicto entre la Decisión y el Tratado de Lisboa, se debería de aplicar este último.

En definitiva, “los instrumentos adoptados en el Consejo Europeo de junio de 2009 para responder a las preocupaciones de Irlanda no

---

<sup>13</sup> BAR CENDÓN, Antonio: Ob. cit., p. 218.

<sup>14</sup> ALCOCEBA GALLEGO, M<sup>a</sup> Amparo: “Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo”. En *Revista General de Derecho Europeo* 19 (2009), p. 6.

<sup>15</sup> Punto 5 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de junio de 2009.

pueden, desde el punto de vista jurídico, introducir cambio alguno en la letra del Tratado de Lisboa. El único valor (...) de estos instrumentos es el de integrarse en el contexto del Tratado de Lisboa y poder ser tenidos en cuenta a efectos de su interpretación, siempre y cuando no contraríen dicho texto”<sup>16</sup>.

A pesar de lo anterior, en este caso se acordó que las disposiciones de la Decisión se incluirían en un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con ocasión de la celebración del próximo Tratado de adhesión. Y así, tras la firma en Bruselas, el 9 de diciembre de 2011, del Tratado de adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, se dieron las condiciones para incluir las disposiciones de la Decisión en un Protocolo. Motivo por el cual los Estados miembros de la UE firmaron, el 13 de junio de 2012, el Protocolo (nº 38) sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa<sup>17</sup>.

## ***2.2. ...hasta el Protocolo (nº 38) sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa***

Con la incorporación del Protocolo dedicado a las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, el número de Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se ha visto ampliado a 38.

Tal y como estaba previsto, en dicho Protocolo se recogen las disposiciones de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa. Desde luego, incluir las disposiciones de la Decisión en un

---

<sup>16</sup> ALCOCEBA GALLEGO, M<sup>a</sup> Amparo: Ob. cit., p.11.

<sup>17</sup> Véase el Protocolo (nº 38) sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa incluido en la “Corrección de errores de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 202 de 7.6.2016)”. En *Diario Oficial de la Unión Europea* C 400, de 28 de octubre de 2016, pp. 1-4. Asimismo, puede verse la autorización de la ratificación por España recogida en la Ley Orgánica 2/2013, de 19 de abril, por la que se autoriza la ratificación por España del Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, hecho en Bruselas el 13 de junio de 2012. En: *Boletín Oficial del Estado* nº 95, de 20 de abril de 2013, pp. 30521-30525.

Protocolo Anejo garantiza sus efectos jurídicos y su carácter vinculante. A diferencia de las Declaraciones, los Protocolos anejos a un Tratado tienen la misma fuerza normativa que este último.

El Consejo Europeo, en sus conclusiones, declaró al respecto que “el Protocolo no modificará en modo alguno la relación entre la UE y sus Estados miembros. Su único objeto es el de elevar plenamente al rango de Tratado las clarificaciones que incluye la Decisión, con el fin de atender a las preocupaciones del pueblo irlandés. Su estatuto no será diferente del de otras clarificaciones similares incluidas en Protocolos que han obtenido otros Estados miembros. El Protocolo clarificará pero no modificará el contenido y la aplicación del Tratado de Lisboa”<sup>18</sup>.

### **3. LA CUESTIÓN DE FONDO DEL CASO IRLANDÉS O LA PRETENSIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

El Protocolo (nº 38) establece en el artículo 1 del Título I dedicado al derecho a la vida, familia y educación que “Ninguna disposición del Tratado de Lisboa que atribuya estatuto jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales, ni las disposiciones de dicho Tratado en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia afecta en modo alguno al alcance y a la aplicabilidad de la protección del derecho a la vida, contemplada en los artículos 40.3.1, 40.3.2 y 40.3.3 de la Constitución de Irlanda, a la protección de la familia, contemplada en el artículo 41, o a la protección de los derechos en materia de educación, contemplada en los artículos 42, 44.2.4 y 44.2.5 de dicha Constitución”.

Esta previsión tenía como origen la preocupación de Irlanda sobre una serie de cuestiones sensibles como son el derecho a la vida, la educación y la familia.

---

<sup>18</sup> Ver punto 5.v) de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de junio de 2009.

### 3.1. Sobre Irlanda y el derecho a la vida

El agitado debate sobre el derecho a la vida y el aborto en Irlanda, país de tradición socialmente conservador, ha tenido sus consecuencias respecto de la adecuación a la CDFUE, al CEDH, hasta culminar con la modificación de la Constitución.

#### 3.1.1. Irlanda, la CDFUE y el derecho a la vida

Irlanda temía que tras otorgar carácter jurídico vinculante a la CDFUE, tuviera que cambiar su legislación muy restrictiva sobre la prohibición del aborto para hacerse “más permeable” con los derecho reproductivos. En concreto, la Constitución irlandesa en el art. 40.3.3 reconocía el derecho a la vida del no nacido (*unborn*) al mismo nivel que el derecho a la vida de la madre gestante.

Por su parte, el artículo 2 de la CDFUE que reconoce que “toda persona tiene derecho a la vida” entraba en colisión con el mencionado precepto constitucional al fijar que el que el derecho a la vida se reconoce a las personas.

No obstante, sobre este delicado punto ya existía un protocolo del año 1992 previo al citado Protocolo (nº 38) que resolvía esta cuestión. Se trata del Protocolo (nº17) anejo al Tratado de la Unión Europea y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas mediante el que se acordó incorporar como anexo al Tratado de la Unión Europea y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, la siguiente disposición: “Ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas ni de los Tratados y actos por los que se modifican o completan dichos Tratados afectará a la aplicación en Irlanda del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa”.

A través de un referéndum celebrado en 1983, se adoptó una disposición conocida como la Octava enmienda que dio lugar a la redacción del artículo 40.3.3 de la Constitución de la República de Irlanda en los siguientes términos: “El Estado reconoce el derecho a la vida del feto y, respetando el igual derecho a la vida de la madre, se compromete a respetarlo en sus leyes y, en la medida de lo posible, a protegerlo y defenderlo por sus leyes”.

Posteriormente, con la celebración de dos referéndums en 1992 y en 2002 respectivamente, fueron añadidos al citado artículo dos curiosos párrafos que merecen nuestra atención:

“Este párrafo no puede limitar la libertad de viajar a un Estado extranjero.

Este párrafo no restringirá la libertad de obtener o transmitir en territorio irlandés, información sobre servicios legalmente disponibles en otro Estado, sujeto a las condiciones establecidas por la ley”.

Esta disposición situaba a Irlanda entre los países europeos con una regulación más estricta sobre el aborto, permitiéndose únicamente en caso de riesgo real y grave para la vida de la mujer embarazada y que no pueda ser evitado salvo con la interrupción del embarazo. Además, el aborto fuera del supuesto mencionado estaba contemplado como delito y penado con hasta 14 años de prisión para la mujer como para el personal que la asista.

Por otro lado, se trata de una regulación un tanto peculiar pues incluye una especie de derecho al “turismo abortivo” al reconocer el derecho de viajar a otro Estado para abortar y obtener información necesaria para llevar a cabo tal fin en el extranjero. En este sentido, de acuerdo con Rey Martínez puede que “los ‘profundos valores morales’ no fueran tan ‘profundos’ porque lo que se niega en Irlanda se permite (e incluso podría entenderse que constitucionalmente se fomenta) fuera del país. La opción del constituyente no es tanto en contra del aborto, sino del aborto en suelo irlandés. Los ‘profundos valores morales’ son de corto alcance: su extensión sólo llega hasta las fronteras del Estado”<sup>19</sup>. La cuestión fue por su parte abordada por el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos en el polémico asunto A, B y C contra Irlanda en el que las demandantes denunciaron la incompatibilidad de la regulación del aborto en Irlanda con el CEDH.

---

<sup>19</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando: “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), p. 298.

### **3.1.2. Irlanda, el CEDH y la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo: La polémica sentencia del TEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda de 16 de diciembre 2010**

Tras el largo y complejo debate en torno a la regulación del aborto en Irlanda, el TEDH en el asunto A, B y C contra Irlanda de 16 de diciembre de 2010 (n° 25579/05) debe determinar si la prohibición del aborto por motivos de salud o bienestar por parte del Estado irlandés es compatible con el artículo 8 del Convenio sobre la base del criterio de equilibrio justo, considerando que un amplio margen de apreciación debe ser reconocido al Estado. El TEDH en este asunto decide primar los valores morales profundos de la sociedad irlandesa sobre el derecho a la autonomía personal de la mujer (reconocido en el Convenio). Antes de examinar el extracto de tan interesante sentencia, haremos un breve relato de los hechos.

En este asunto, tres mujeres embarazadas residentes en Irlanda, viajan a Reino Unido para interrumpir voluntariamente su embarazo.

La primera mujer (A) se encontraba en situación de desempleo, en tratamiento por un proceso depresivo y de adicción al alcohol. Tenía cuatro hijos, uno de ellos discapacitado, en situación de acogida. Tras conocer la noticia de su nuevo embarazo, decide interrumpirlo pues estaba intentando recuperar la custodia de sus otros hijos y entendía que su salud y su recuperación podían verse comprometidas. La mujer al no cumplir con los requisitos necesarios para abortar en Irlanda (a saber, riesgo grave y real para la vida de la madre gestante), decide viajar hasta Inglaterra para realizar la intervención.

En el segundo caso (B) se trataba de una mujer que ante la imposibilidad de ocuparse sola de un hijo y de un posible embarazo ectópico decide igualmente viajar a Inglaterra para abortar.

La tercera demandante (C) padecía una forma rara de cáncer y decidió interrumpir su embarazo puesto que entendía que podía poner en peligro su salud, su vida y la del feto. A pesar de que el ordenamiento irlandés permite el aborto en el único supuesto de riesgo para la vida de la madre, la demandante viaja también a Inglaterra para abortar ante la dificultad de establecer si su situación correspondía efectivamente con la contemplada constitucionalmente.

En este asunto, las dos primeras demandantes (A y B) consideran que la prohibición del aborto por motivos de salud o de bienestar

personal en Irlanda es contraria al CEDH considerando concretamente el artículo 8 del Convenio<sup>20</sup>. Invocando el mismo precepto, entre otros<sup>21</sup>, la tercera demandante (C) denuncia la ausencia de desarrollo legislativo del derecho al aborto en caso de riesgo para la vida de la madre constitucionalmente garantizado en dicho Estado. La tercera demandante alegó vulneración del Convenio por entender que ninguna ley había sido adoptada en Irlanda para desarrollar el art. 40.3.3 de la Constitución y, en consecuencia, había sido privada de ejercer su derecho a abortar por el motivo de riesgo para su vida. La diferencia respecto de las otras dos demandantes es que su situación podía incluirse en la única excepción a la prohibición del aborto que el ordenamiento irlandés contemplaba: el riesgo para la vida de la futura madre.

Teniendo en cuenta los hechos, la sentencia distingue el caso de A y B por una parte, pues se trata de abortos no permitidos por el ordenamiento irlandés (aborto por razones de salud o bienestar) y el caso de C por otra (aborto por riesgo para la vida).

Veamos a continuación el extracto de la sentencia.

Respecto de los casos de A y B, el Tribunal realiza el conocido test de proporcionalidad para determinar si la prohibición del aborto por razones de salud o bienestar es contraria al derecho al respeto de la vida privada de las demandantes.

Considerando el artículo 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada), el Tribunal entendió que si bien no se reconoce expresamente el derecho al aborto, la prohibición de abortar por razones de salud o bienestar puede resultar una injerencia en el derecho a la vida privada. Es decir, el derecho a la vida privada no confiere el

---

<sup>20</sup> Las dos primeras demandantes alegaron la vulneración de los artículos 3, 8, 13 y 14 del CEDH considerando la prohibición del aborto en Irlanda por motivos de salud o de bienestar. Sobre la posible vulneración del artículo 3 CEDH (prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes), el Tribunal considera que los hechos, a pesar de reconocer que viajar al extranjero para abortar fue una dura prueba psíquica como física para las demandantes, no alcanzaron la gravedad suficiente exigida para considerar la existencia de tal vulneración. STEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, párr. 239).

<sup>21</sup> La tercera demandante alegó la vulneración de los artículos 2, 3, 8, 13 y 14 del Convenio.



derecho al aborto pero una regulación estatal sobre el mismo puede limitar el derecho. No obstante, dicha injerencia estaría justificada en caso de superar el test de proporcionalidad, a saber: en caso de estar prevista en una ley, responder a un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Sobre la primera condición, no cabe duda de la clara previsión de la injerencia en la ley. Nada menos que en la propia Constitución irlandesa. Sobre la segunda condición, afirma el Tribunal que la injerencia responde al objetivo legítimo de la protección de la moral y concretamente “los valores morales profundos del pueblo irlandés”<sup>22</sup>. Finalmente, sobre la tercera condición, el Tribunal se cuestiona sobre la posibilidad de aplicar el margen de apreciación nacional cuando no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, en particular, cuando el asunto versa sobre cuestiones morales o éticas delicadas<sup>23</sup>. En definitiva, al tratarse de una cuestión sumamente sensible, parece que Irlanda debería de beneficiarse de un margen de apreciación para determinar la restricción del derecho a la vida privada. No obstante, el margen de apreciación quedaría reducido de constatarse un consenso europeo en la materia<sup>24</sup>. Al respecto, el Tribunal observó que en una mayoría sustancial de los Estados miembros del Consejo de Europa se autoriza el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer, es decir, por motivos más amplios que los que reconoce el derecho irlandés. Es más, reconoce que Irlanda es el único Estado que autoriza el aborto

---

<sup>22</sup> STEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, párr. 222-227.

<sup>23</sup> STEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, párr. 232.

<sup>24</sup> Explica Mena Parras que “la existencia de un consenso europeo en una cuestión relacionada con un derecho fundamental reduce de manera decisiva el margen de apreciación del que gozan los Estados en relación a la mejor manera de proteger un determinado interés legítimo y la necesidad de restringir un derecho garantizado por el Convenio, conforme al rol armonizador de la jurisprudencia de la Corte Europea. Dicho consenso no debe ser necesariamente ‘aplastante’, exigiéndose simplemente una posición ‘convergente’ en la mayoría de los Estados parte, en el marco de la interpretación evolutiva y de la lógica convencional de ‘denominador común’ de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales”. MENA PARRAS, Francisco Javier: “La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”. En *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012), pp. 119-120.

únicamente en caso de riesgo para la vida de la futura madre<sup>25</sup>. Sin embargo, el Tribunal consideró que dicho consenso no era suficiente para reducir el amplio margen de apreciación del Estado irlandés. El Tribunal va más allá considerando que puesto que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida humana, la determinación del momento en el que comienza la vida pertenece al margen de apreciación de los Estados<sup>26</sup>. En palabras de Mena Parras, “una vez constatado el consenso europeo existente en la materia, decide obviar las consecuencias del mismo al asociar a dicha ponderación la cuestión del comienzo de la vida humana, sobre la que no existiría tal consenso”<sup>27</sup>. Todo ello para considerar que la injerencia no resulta desproporcionada y, por lo tanto, la regulación irlandesa no vulnera el derecho a la vida privada de la mujer<sup>28</sup>. En definitiva, el TEDH razona de la siguiente manera: dado que no existe un consenso europeo sobre el inicio exacto de la vida humana, los Estados disponen de un margen de apreciación total para regular el aborto. La sentencia resulta un tanto confusa pues la cuestión de fondo en realidad no era determinar el comienzo de la vida del ser humano sino el aborto por razones de salud o bienestar y, sobre este punto, sí existe un consenso europeo en la materia puesto que se permite en casi la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Respecto de la tercera demandante, el Tribunal estima la vulneración del art. 8 del Convenio. Concretamente, considera que al no existir disposiciones que establecieran medidas efectivas para llevar a cabo el aborto en el caso permitido de riesgo para la vida de la madre, la demandante no pudo establecer si hubiera podido o no abortar en Irlanda de conformidad con el art. 40.3.3 de la Constitución ni tampoco acceder a un procedimiento efectivo para llevar a cabo dicha práctica en Irlanda<sup>29</sup>. En conclusión, las autoridades no respetaron su

---

<sup>25</sup> STEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, párr. 235.

<sup>26</sup> El Tribunal de Estrasburgo recuerda las conclusiones de la STEDH Vo contra Francia, de 8 de julio de 2004.

<sup>27</sup> MENA PARRAS, Francisco Javier: Ob. cit., p. 122.

<sup>28</sup> STEDH (Gran Sala) A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010, párr. 237-241.

<sup>29</sup> Id., párr. 267 y 268.

obligación de garantizar a la demandante el respeto a la vida privada de manera efectiva.

En este asunto el Tribunal de Estrasburgo, en palabras de Rey Martínez, “ha tenido abierta de par en par la oportunidad de declarar contraria al Convenio de Roma la prohibición del aborto en Irlanda, por excesivamente rigorista, es decir, por insuficiente protección de otros bienes de rango constitucional, como la salud de la mujer embarazada, pero deliberadamente no lo ha hecho”<sup>30</sup>. Sin embargo, la solución adoptada es muy relevante pues el TEDH reconoce la primacía de los “valores morales profundos” de una sociedad sobre el consenso europeo para justificar la aplicación de la doctrina del margen estatal de apreciación. Desde luego, como afirma Mena Parras, de haberse reducido en este caso el margen de apreciación nacional seguramente Irlanda hubiera sido condenada (respecto de A y B) pues la posición de Irlanda sobre los derechos de la futura madre en igualdad con los del nasciturus se distancia de la legislación que al respecto mantienen una mayoría sustancial de Estados miembros<sup>31</sup>.

Puede que el TEDH quisiera evitar imponer un criterio sobre una cuestión, en definitiva moral o ética, tan delicada, renunciando a su vez a interpretar en sentido uniforme los derechos garantizados por el Convenio, y dejar que fuera la propia sociedad irlandesa la que mediante un nuevo referéndum modificara la normativa. Y así ocurrió.

### 3.1.3. La despenalización del aborto y la derogación de la octava enmienda en Irlanda

El 25 de mayo de 2018 se celebró un referéndum histórico en Irlanda cuyo resultado fue la victoria del sí (66,4%) a favor de la liberalización del aborto en Irlanda y por ende la derogación de la Octava Enmienda a la Constitución<sup>32</sup>. El primer ministro irlandés, Leo Varadkar, anunció que el Parlamento procedería a aprobar una

---

<sup>30</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando: Ob. cit., p. 294.

<sup>31</sup> MENA PARRAS, Francisco Javier: Ob. cit., p. 120.

<sup>32</sup> El fallecimiento de la joven Savita Halappanavar en octubre de 2012 como consecuencia de una septicemia cuando estaba embarazada negándole la posibilidad de abortar, fue el detonante de una serie de manifestaciones solicitando el referéndum para la derogación de la octava enmienda.

nueva ley de interrupción voluntaria del embarazo que contemplaría la interrupción libre durante las primeras 12 semanas de gestación y bajo el supuesto de riesgo para la salud de la madre o del feto hasta las 24 semanas.

El pasado 1 de enero de 2019 entró en vigor la Ley sobre Salud (Regulación de la interrupción del embarazo) 2018<sup>33</sup> mediante la cual el aborto pasa a estar despenalizado poniendo fin a décadas de prohibición. No obstante, se contemplan una serie de medidas que generan incertidumbre tales como un periodo de reflexión y espera obligatorio de 3 días, la ambigüedad que genera la redacción acerca del “daño grave” para la salud de la mujer, la ausencia de acceso en caso de malformaciones grave del feto (no mortales) o la revisión de la Ley transcurridos tres años de su entrada en vigor.

En la actualidad, parece que el éxito obtenido con el referéndum en la República de Irlanda ha servido de impulso y ejemplo para lanzar el debate en Irlanda del Norte, región que cuenta con una ley muy prohibitiva sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

### ***3.2. Sobre Irlanda, la CDFUE y el derecho a la educación y la familia. Cuestiones particulares sobre el divorcio y el matrimonio homosexual.***

Las preocupaciones de Irlanda también se hicieron sentir sobre la protección de la familia y la educación.

En cuanto a la familia, el artículo 9 de la CDFUE garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia “según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Por su parte, el artículo 14 de la CDFUE reconoce el derecho a la educación en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro

---

<sup>33</sup> Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018. En: <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2018/105/> (consultado el 11 de febrero de 2019).

del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

En ambos casos se hace referencia a la conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales (“de acuerdo con las leyes nacionales” o “según las leyes nacionales”) por lo que no parecen preceptos incompatibles con el Derecho constitucional irlandés.

De acuerdo con Matia Portilla, la disposición general en la que se establece que “se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta” resulta un mandato muy difícil de interpretar adecuadamente, “puesto que permite diversas lecturas. Una de ellas serviría para defender, por ejemplo, que las legislaciones y prácticas nacionales deben tomarse en consideración para la determinación del contenido y alcance de los distintos derechos y principios recogidos en la Carta. Otra de ellas sirve para entender que la Carta establece un sistema de geometría (doblemente) variable” de derechos fundamentales, dado que el alcance de determinados derechos y principios en cada uno de los Estados miembros dependerá de su legislación y de sus prácticas internas. (...) La Carta contiene diversos mandatos interpretativos cuyo encaje puede ser problemático”<sup>34</sup>.

No obstante, en el caso irlandés, mención especial merece la cuestión en torno al matrimonio igualitario ya que Irlanda se convirtió en el primer país en reconocer en un referéndum el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Concretamente, el 22 de mayo de 2015, Irlanda aprobó por referéndum el matrimonio entre personas del mismo sexo con un 62,07% de los votos a favor. La campaña liderada por la participación de los jóvenes desembocó en la modificación del artículo 41 de la Constitución irlandesa introduciendo un apartado en el que se reconoce que “El matrimonio puede ser contraído de acuerdo con la ley por dos personas sin distinción de su sexo”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> MATIA PORTILLA, Francisco Javier: Ob. cit., p. 7.

<sup>35</sup> El artículo 41 (De la Familia) de la Constitución de Irlanda contemplaba que: “1.1º El Estado reconoce a la familia como el natural, primario, y fundamental grupo unitario de la sociedad y como una institución moral poseedora de

Cabe añadir que Irlanda contaba ya con la Ley de Relaciones Civiles de 2010 que reconocía a las parejas de hecho del mismo sexo pero sin posibilidad de calificar esas uniones de matrimonio y por lo tanto quedaban al margen de la protección constitucional.

Finalmente, igualmente relevante es la cuestión del divorcio.

derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a cualquier ley positiva.

2º El Estado, en consecuencia, garantiza la protección de la familia en su constitución y autoridad, como base necesaria del orden social y como indispensable para el bienestar de la Nación y del Estado.

2.1º En particular, el Estado reconoce que, con su vida dentro del hogar, la mujer otorga al Estado un apoyo sin el cual no puede alcanzarse el bien común.

2º Por consiguiente, el Estado tenderá a asegurar que las madres no estén obligadas, por necesidades económicas, a dedicarse al trabajo con descuido de sus obligaciones en el hogar.

3.1º El Estado garantiza preservar con especial cuidado la institución del matrimonio, en el que se funda la familia, y protegerlo contra cualquier ataque.

2º Un Tribunal designado por ley podrá conceder la disolución del matrimonio cuando, pero solamente cuando, se demuestre que

i) En la fecha de apertura del procedimiento judicial, los cónyuges han vivido separados durante uno o varios periodos de tiempo al menos cuatro de cinco años.

ii) no hay perspectivas razonables de una reconciliación entre los cónyuges,

iii) Se realiza la decisión que el Tribunal de primera instancia considere correcta, teniendo en cuenta las circunstancias que ya existen o que se creen para los cónyuges, con respecto a los hijos de cualquiera de ellos o de ambos y de cualquier otra persona prescritas por la ley.

iv) se cumple con cualquiera otras condiciones prescritas por la ley.

3º Ninguna persona cuyo matrimonio haya sido disuelto con arreglo al derecho civil de cualquier otro Estado, pero siga siendo un matrimonio válido según la ley en vigor dentro de la jurisdicción del Gobierno y del Parlamento establecido por esta Constitución, podrá contraer matrimonio válido dentro de dicha jurisdicción, mientras continúe viviendo la otra persona del matrimonio disuelto de ese modo.” En: [http://www.dpicanico.com/constituciones/Irlanda\\_espagnol.pdf](http://www.dpicanico.com/constituciones/Irlanda_espagnol.pdf) (consultado el 25 de febrero de 2019).

Véase al respecto y sobre el interesante desarrollo del referéndum irlandés de 22 de mayo de 2015: SEIJAS VILLADANGOS, Esther: “La trigésima cuarta reforma de la constitución irlandesa: A propósito del referéndum de 22 de mayo de 2015 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”. En *Revista catalana de dret públic* (27 de mayo de 2015). En: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/05/27/la-trigesima-cuarta-reforma-de-la-constitucion-irlandesa-a-proposito-del-referendum-de-22-de-mayo-de-2015-sobre-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-esther-seijas-villadangos/#comments>.

Tal y como ha anunciado el gobierno irlandés, parece que en el próximo mes de mayo de 2019 se celebrará un referéndum para realizar una consulta sobre el divorcio y los requisitos para su concesión.

Actualmente, la legislación irlandesa es muy restrictiva en cuanto a la concesión del divorcio. Se exige para ello que los cónyuges hayan vivido por separado durante cuatro de los cinco años previos. El artículo 41.3.2° (De la Familia) de la Constitución de Irlanda contempla que “Un Tribunal designado por ley podrá conceder la disolución del matrimonio cuando, pero solamente cuando, se demuestre que i) En la fecha de apertura del procedimiento judicial, los cónyuges han vivido separados durante uno o varios periodos de tiempo al menos cuatro de cinco años. ii) no hay perspectivas razonables de una reconciliación entre los cónyuges. iii) Se realiza la decisión que el Tribunal de primera instancia considere correcta, teniendo en cuenta las circunstancias que ya existen o que se creen para los cónyuges, con respecto a los hijos de cualquiera de ellos o de ambos y de cualquier otra persona prescritas por la ley. iv) se cumple con cualquiera otras condiciones prescritas por la ley”. Estas restricciones se encuentran amparadas en el citado artículo 41 de la Constitución irlandesa que ya fue objeto de modificación tras un referéndum celebrado en 1995 y cuyo resultado fue la eliminación de la normativa anterior que prohibía el divorcio en toda circunstancia.

#### 4. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la legislación irlandesa y las previsiones del Tratado de Lisboa podemos constatar que no existía una “contradicción” tal que hiciera necesario contemplar garantías jurídicas para Irlanda. Se optó en aquel momento por acordar una serie de instrumentos “cuyas consecuencias jurídicas serían nulas” con el fin de ofrecer soluciones que “de cara a los Estados miembros que ya han ratificado, no afecten al Tratado de Lisboa pero con la apariencia, de cara a la opinión pública llamada a un segundo referéndum, de que contiene concesiones a Irlanda”<sup>36</sup>. En el mismo sentido, afirma Bar Cendón

---

<sup>36</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Sin Tratado de Lisboa y en un escenario de crisis financiera global: sobre la necesidad de buscar el tercer impulso

que “es evidente que las concesiones realizadas a Irlanda no son verdaderamente tales, dado que se trata de aspectos que están ya perfectamente asegurados en el ordenamiento jurídico de la UE vigente. Se trata más bien, de una reafirmación de carácter político, dirigida a desmontar los argumentos falaces utilizados por los partidarios del ‘no’ en la campaña del referéndum, a efectos de que no puedan volver a ser utilizados sin contestación alguna”<sup>37</sup>.

En definitiva, la solución adoptada por la Unión Europea en respuesta a las preocupaciones manifestadas por Irlanda es, de acuerdo con Alcoceba Gallego, “una muestra más del modo en que viene evolucionando la UE en los últimos tiempos. Dada la imposibilidad de que en una UE de 27 todos los Estados miembros compartan una única idea del proceso de integración y de sus ritmos, se opta por una Unión Europea diferenciada, esto es, una Unión Europea en la que los Estados pueden disfrutar de ciertas particularidades jurídicas en lo que a sus compromisos dentro de ella se refiere”<sup>38</sup>. La cuestión de fondo vuelve a poner de relieve, en palabras de Allué Buiza, el clásico debate “acerca del déficit democrático institucional de la Unión y los problemas de legitimación democrática de la misma; de la garantía de los Estados en la protección de los derechos fundamentales constitucionalizados y la adecuación de estos derechos si son regulados en la Unión Europea al standard constitucional, esencialmente, los derechos ontológico-existenciales como es el derecho a la vida; así como los límites de la atribución competencial a la Unión Europea por parte de los Estados”<sup>39</sup>.

Del mismo modo, la respuesta del TEDH en el asunto A, B y C contra Irlanda resulta interesante pues constituye un punto de inflexión sobre la consideración del margen de apreciación que se concede a los Estados miembros respecto de la existencia de un consenso europeo

---

al proceso de integración europea”. En *Revista General de Derecho Europeo* 17 (2008).

<sup>37</sup> BAR CENDÓN, Antonio: Ob. cit., p. 218.

<sup>38</sup> ALCOCEBA GALLEGO, M<sup>a</sup> Amparo: Ob. cit., p. 2.

<sup>39</sup> ALLUÉ BUIZA, Alfredo: “La aceptación del Tratado de Lisboa por los Estados: Las enseñanzas que pueden obtenerse. Un relato del complejo proceso de ratificación en Irlanda, Chequia y Alemania”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea* 18 (2010), p. 34.



en la protección de los derechos humanos reconocidos en el CEDH (sobre todo si están relacionados con temas moralmente sensibles). En definitiva, el Tribunal otorga cobertura a los valores o principios morales del pueblo irlandés.

A pesar de lo anterior y la luz de todo lo expuesto, podemos afirmar que Irlanda está atravesando un auténtico programa de renovación nacional en torno a aspectos tan profundos como la familia y la identidad nacional (valores e identidad). Todo ello es fruto de una revolución social que, como hemos observado, se hizo visible en el año 2015 con la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, continuando en 2018, con la despenalización del aborto y próximamente con la consulta sobre el divorcio. En la misma línea, se prevé también otro referéndum para la eliminación de la cláusula constitucional referida al papel de la mujer en el hogar en la que se destaca “su vida” y “sus obligaciones” en el mismo<sup>40</sup>. Los cambios acontecidos en las últimas décadas son fruto de una “revolución tranquila”<sup>41</sup> que está provocando una renovación profunda de uno de los países más conservadores de Europa.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOCEBA GALLEGO, M<sup>a</sup> Amparo: “Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo”. En *Revista General de Derecho Europeo* 19 (2009), pp. 1-20.
- ALLUÉ BUIZA, Alfredo: “La ratificación del Tratado de Lisboa y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009”. En *Revista de Estudios Europeos* 54 (2010), pp. 9 - 34.

---

<sup>40</sup> Se pretende la eliminación del artículo 41.2. de la Constitución irlandesa que establece que: “1º En particular, el Estado reconoce que, con su vida dentro del hogar, la mujer otorga al Estado un apoyo sin el cual no puede alcanzarse el bien común. 2º Por consiguiente, el Estado tenderá a asegurar que las madres no estén obligadas, por necesidades económicas, a dedicarse al trabajo con descuido de sus obligaciones en el hogar”.

<sup>41</sup> Así lo expresó el primer ministro irlandés, Leo Varadkar, en una rueda de prensa tras el referéndum sobre la legalización del aborto, afirmando que los cambios acontecidos son fruto de una “revolución silenciosa” o “revolución tranquila” de la sociedad irlandesa (A quiet revolution has taken place). En: *The Guardian News*: <https://www.youtube.com/watch?v=fNzHoTnag5w>

- “La aceptación del Tratado de Lisboa por los Estados: Las enseñanzas que pueden obtenerse. Un relato del complejo proceso de ratificación en Irlanda, Chequia y Alemania”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea* 18 (2010), pp. 29-54.
- BAR CENDÓN, Antonio: “El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea”. En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cedriol* 60/61 (2007), pp. 183-220.
- CHARI, Raj: “¿Por qué rechazaron los irlandeses el Tratado de Lisboa? Un análisis de los resultados del referéndum”. En: *ARI Real Instituto Elcano* 69, 18 de julio de 2008. En: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielandino\\_es/contenido!/ut/p/a1/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38\\_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/ARI69-2008](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielandino_es/contenido!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI69-2008)
- CLOSA MONTERO, Carlos: “Tras Irlanda: referéndum y unanimidad”. En: *ARI Real Instituto Elcano* 62, 16 de junio de 2008. En: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielandino\\_es/contenido!/ut/p/a1/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38\\_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/ARI62-2008](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielandino_es/contenido!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI62-2008)
- EUROBAROMETER: “Post-referendum survey in Ireland. Analytical Report”, *Flash Eurobarometer* n° 245 (Julio de 2008). En: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl\\_245\\_full\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_245_full_en.pdf)
- “Post-referendum survey in Ireland. Analytical Report”, *Flash Eurobarometer* n° 284 (octubre de 2009). En: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl\\_284\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_284_en.pdf)
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Sin Tratado de Lisboa y en un escenario de crisis financiera global: sobre la necesidad de buscar el tercer impulso al proceso de integración europea”. En *Revista General de Derecho Europeo* 17 (2008).
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”. En *Revista española de Derecho Europeo* 39 (2011), pp. 1-19.
- MENA PARRAS, Francisco Javier: “La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”. En *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012), pp. 115-124.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), pp. 293-302.

RUANO DELGADO, David: “Las ¿excepciones? de Polonia, Reino Unido y República Checa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio y Labayle, Henri (dirs.): La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, pp. 449-471.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther: “La trigésima cuarta reforma de la constitución irlandesa: A propósito del referéndum de 22 de mayo de 2015 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”. En Revista catalana de dret públic (27 de mayo de 2015). En: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/05/27/la-trigesima-cuarta-reforma-de-la-constitucion-irlandesa-a-proposito-del-referendum-de-22-de-mayo-de-2015-sobre-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-esther-seijas-villadangos/#comments>



# **LA VIDA FAMILIAR**



# ¿LOS MENORES TIENEN UN DERECHO A NO SER SEPARADOS DE SUS PROGENITORES? HACIA UNA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LA INTIMIDAD FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA

Francisco Javier Matia Portilla

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Valladolid*

*javierfacultad@gmail.com*

## 1. INTENCIONES

Si un derecho fundamental está conociendo una interesante evolución en la práctica es el derecho a la intimidad familiar. No es sorprendente que así sea, ya que diversos factores aconsejan repensar constantemente su contenido y alcance. De un lado, estamos conociendo nuevas realidades familiares que no han contado con reconocimiento legal hasta fechas relativamente cercanas (como ocurre, por ejemplo, con el matrimonio igualitario). De otro, la globalización hace que la vida familiar pueda desplegarse en diversos Estados y distintas realidades sociales.

Uno de estos derechos humanos de nueva factura es, más en particular, el derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores. Aunque dicha separación puede producirse por razones muy distintas (encarcelamiento, expulsión) nosotros dedicaremos especial interés al último supuesto citado.

Nuestro objetivo no es tanto examinar el contenido y alcance de este derecho (apartado 2), sino limitar nuestro examen a los preceptos que permiten la expulsión de un extranjero en situación irregular (3). Esta regulación y su aplicación deberá respetar, lógicamente, la juris-

prudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (4), y, cuando corresponda, la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (5). También deberemos examinar en qué medida el Tribunal Constitucional ha incorporado esta jurisprudencia al derecho a la intimidad familiar previsto en el artículo 18.1 CE (6). Concluiremos este trabajo realizando alguna reflexión conclusiva sobre la eficacia del derecho humano en examen y su eventual proyección en nuestro modelo de derechos fundamentales (7).

Antes de entrar en materia conviene señalar ya que este trabajo no pretende analizar ni realizar cuestiones dogmáticas, sino examinar críticamente la jurisprudencia de los distintos tribunales que han debido centrar su mirada en la problemática descrita.

## 2. SOBRE EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS ASCENDIENTES DIRECTOS

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>1</sup> (CDN), que vincula al Estado español desde el 5 de enero de 1991 dispone, en su primer apartado, que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Su entrada en vigor tuvo lugar el día 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Ha sido publicada en el BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. El Reino de España se ha obligado igualmente al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 (BOE 27, de 31 de enero de 2014), que confiere competencia al Comité de los derechos del niño. Por otra parte, nuestro país no ha expresado reservas a este precepto (sí a los artículos 21.d y 38, apartados dos y tres. Ver [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec)).

<sup>2</sup> En el plano doctrinal, ver Ogarrio Díaz, Guillermo: *El derecho de convivencia de los menores con sus padres*. Tesis Doctoral defendida en la Universidad San Pablo CEU (2017) y, con anterioridad, Salanova Villanueva, Marta: “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”. *Derecho Privado y Constitución*



Antes de profundizar en el examen del Derecho español y europeo, conviene presentar, brevemente, el régimen del derecho de los menores a no ser separados de sus padres en la Convención que acabamos de citar. Como ya hemos indicado, la norma parte de la premisa de que solamente la autoridad puede separar a unos y otros cuando sea preciso para asegurar el interés superior del menor. Además, esta decisión estatal debe encontrarse abierta, en su caso, a revisión judicial. Debe entenderse que la misma no resultará precisa cuando sea un órgano judicial quién la adopte.

Incluso en el supuesto de que el menor esté separado de uno de sus padres, debe preservarse el derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (artículo 9.3). Y también tiene derecho el menor a conocer el paradero o fallecimiento de sus padres cuando la separación traiga causa de una medida adoptada por el Estado, como pueden ser el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, salvo que ello resulte perjudicial para el bienestar del menor (artículo 9.4).

Como se observa, este derecho del menor pivota, como casi todo lo que le afecta, en torno a la noción de preservar su interés superior. Estamos en presencia, es bueno advertirlo ya, de un concepto jurídico indeterminado, que, aunque difícil de concretar en un caso concreto, prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse.

Un supuesto relevante<sup>3</sup> es el supuesto en el que los padres se encuentren en prisión. En estos supuestos el Comité “recomienda al Estado parte que revise la práctica actual de los niños de vivir con sus padres en prisión, con el fin de limitar la estancia a los casos en los que sea mejor para él, y asegurar que las condiciones de vida sean adecuadas para sus necesidades para el desarrollo armonioso de su

---

7 (1995), pp. 231 ss. y Pradilla-Rivera, Silvia Juliana: “Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Un. del Rosario, Colombia) 2011\1, pp. 329 ss.

<sup>3</sup> Las siguientes líneas extractan las resoluciones del Comité recogidas en VV.AA: “Separation from parents”. *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*. 3ª edición. Unicef. Geneva, 2007, pp. 121-134.

personalidad. El Comité también recomienda que se proporcione a los hijos de padres en prisión un cuidado alternativo adecuado, por ejemplo, dentro de la familia extendida y se les permita el contacto regular con sus padres”. (Nepal CRC / C / 15). Ahora bien, el Estado debe facilitar el contacto directo entre el menor y el padre o la madre en prisión (México CRC/C/MEX/CO/3, para. 40).

También nos interesa detenernos, brevemente, en los supuestos en los que se acuerde la deportación del padre o de la madre que consagre la separación de éste con su menor. En su informe sobre Canadá el Comité se pregunta si la decisión de deportación tomó en consideración los *valores familiares*, y considera necesario, en este tipo de procesos, otorgar “a todas las partes interesadas el derecho y la oportunidad de ser escuchados” (Canadá CRC / C / SR.216, párr. 28). Incluso en el supuesto en que el padre o la madre haya delinquirido en un país extranjero. En estos casos “el Comité insta al Estado parte a garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primordial en las decisiones tomadas con respecto a la deportación de sus padres” (Noruega CRC / C / 15 / Add.263, párrs. 21 y 22).

Y, claro, está el supuesto de la expulsión derivada de que la persona haya entrado de forma irregular en el país de que se trate. El Comité expresa su preocupación porque Japón haya introducido una reserva que indica que el artículo 9.1 CDN no resulta aplicable “a un caso en el que un niño está separado de su o de sus padres como resultado de la deportación de conformidad con su ley de inmigración”<sup>4</sup>.

En todos estos casos, el Reino de España se ha comprometido a respetar el derecho de los menores a no ser separados de sus padres. En efecto, la Convención vincula al Reino de España, que ha suscrito y ratificado este texto<sup>5</sup>. El Instrumento de ratificación<sup>6</sup> contiene dos declaraciones que son ajenas al precepto que hemos citado, por lo que el Rey ordena “cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes”. De ahí se deriva que hay

---

<sup>4</sup> CRC/C/2/Rev.8, p. 26; Japan CRC/C/15/Add.90, para. 6. Ver [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec).

<sup>5</sup> Ver BOE 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>6</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>.

un mandato a tutelar el derecho de los menores a no ser separados de sus padres.

Sin embargo, este derecho convive con la normativa que contempla la lógica expulsión de los extranjeros que se encuentran en nuestro país en situación irregular. Especialmente, como examinamos a continuación, si ha cometido un delito en nuestro país.

### 3. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR VINCULADA CON LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES

El artículo 89 CP tiene claro antecedente en la (hoy derogada) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que permitía la eventual expulsión judicial de un extranjero que hubiera sido procesado o condenado por la comisión de un delito menos grave<sup>7</sup>.

#### 3.1. *La evolución del precepto normativo*

El artículo 89 CP ha experimentado una interesante evolución legislativa que conviene recordar.

En la versión original del precepto en examen, se indica que “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado” (art. 89.1). Además, se puede impedir el regreso a nuestro país durante un periodo que oscila entre los tres y diez años, dependiendo de la condena impuesta (art. 89.2).

---

<sup>7</sup> Artículo 21.2, declarado constitucional por STC 242/1994 y otras posteriores. Ver también la STC 203/1997, de 25 de noviembre.

La primera modificación, operada por la disposición adicional 2 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, dispone que la sustitución de la pena de cárcel no podrá ser adoptada si la condena es por los delitos recogidos en determinados preceptos (artículos 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 CP).

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, altera profundamente el espíritu del artículo 89 CP<sup>8</sup>. Se indica que las penas privativas inferiores a seis años serán sustituidas en la sentencia por su expulsión (“salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, apartado 1). Si la condena es de seis o más años, la expulsión se acordará si el preso accede al tercer grado o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la pena. En uno u otro caso, la persona no podrá regresar a España en un plazo de diez años (apartado 2).

Una nueva vuelta de tuerca viene provocada por el artículo único.21 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>9</sup>. Sigue ordenando

---

<sup>8</sup> Ver, en el plano doctrinal, Lafont Nicuesa, Luis: “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 10 (2005), pp. 39 ss.; García del Blanco, María Victoria: “La expulsión de extranjeros. Art. 89 y 108 del Código penal de 1995”. En Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (coords.): *Estudios sobre derecho de extranjería*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2005, pp. 483 ss.

<sup>9</sup> Ver, en el plano doctrinal, Guisasola Lerma, Cristina: “Consideraciones político-legales para una reformulación de la expulsión legal de condenados extranjeros sin residencia legal: (Art. 89 del CP)”. *Estudios Penales y Criminológicos* 30 (2010), pp. 201 ss.; Villacampa Estiarte, Carolina: “Sustitución de la pena: Arts. 89 y 108 CP” y Terradillos Basoco, Juan María: “Sustitución de la pena: Art. 89 CP”, ambos incluidos en Álvarez García, Javier y Gonzalez Cussac, José Luis (dirs.): *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant Lo Blanch. Madrid, 2010, pp. 117 ss. y 127 ss., respectivamente; Bermejo Romero Terreros, Juan Andrés: “Derecho de extranjería: algunas consideraciones con relación a la expulsión de los ciudadanos de la UE y asimilados: novedades introducidas por la reciente reforma legislativa en materia de medidas cautelares: el nuevo número 6º del artículo 89 del Código penal: análisis”. En *Estudios Jurídicos* 2010; Guisasola Lerma, Cristina: “La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)”. En Álvarez García, Javier y Gonzalez Cussac, José Luis (dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*.

la sustitución de la pena en relación con condenas impuestas inferiores a seis años (apartado 1) y extiende a la medida a cualquier extranjero en situación irregular que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier medida privativa de libertad si accede al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena (apartado 5). También prevé el ingreso del extranjero en un CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) en el caso de que no se encuentre privado de libertad (apartado 6). La expulsión conlleva la prohibición de regresar en España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (apartado 2). Finalmente, no son aplicables estas medidas cuando la condena se vincula con los artículos 312, 313 y 318 bis CP (apartado 7).

La vigente redacción del artículo 89 CP trae causa del art. único.48 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>10</sup>. Ahora se diferencian

---

Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 131 ss., y Martínez Pardo, Vicente: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”. *ReCRIM: Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV* 7 (2012), pp. 29 ss., disponible en <https://www.uv.es/liccp/rekrim/rekrim12/rekrim12a01.pdf>.

<sup>10</sup> Ver, en el plano doctrinal, Sánchez García de Paz, Isabel: “De la sustitución de las penas privativas de libertad: (artículos 88 y 89)”. En Gómez Tomillo, Manuel (dir): *Comentarios prácticos al Código penal I. Parte general*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 787 ss.; Esquiú Hernández, Natividad: “Las condiciones para la suspensión de la ejecución previstas en el artículo 84 CP y comentarios a la sustitución por expulsión regulada en el artículo 89 CP”. En VV.AA: *La reforma del Código penal a debate*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2016, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/index.php/main/libro/1140/es>; García España, Elisa: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18 (2016), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>, y González Tascón, María Marta: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”. *Estudios Penales y Criminológicos* 36 (2016), pp. 131 ss., disponible en [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2674/3360](http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2674/3360). También Martín Escribano, Patricia Almudena: *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: análisis jurídico penal y criminológico*. Tesis defendida en la Universidad de Girona, 2015, y Muñoz Gayán, María Estrella: *La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*. Tesis defendida en la Universidad Jaume I, 2016.

las penas de prisión impuestas a “un ciudadano extranjero” de más de un año (que serán sustituidas por la expulsión aunque excepcionalmente pueda acordarse la ejecución de una parte, no superior a dos tercios de su extensión, para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza de la vigencia de la norma infringida por el delito, *ex* apartado 1), y de más de cinco años (por la comisión de una pena, o varias que superen dicho umbral), se acordará la ejecución de todo o parte de la pena, decretándose la expulsión cuando ésta haya sido cumplida, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional (apartado 2). Se puede acordar la expulsión en la Sentencia o en un momento posterior (apartado 3). En un nuevo apartado 4 dispone que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”. También se delimita con mayor precisión la expulsión de personas que hayan residido en España durante los diez años anteriores. Procederá cuando (a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con una pena de prisión de más de cinco años y se aprecie riesgo grave de reincidencia, o cuando (b) hubiera sido condenado por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de grupo u organización criminal (apartado 4). Se mantiene la prohibición de regresar de entre cinco a diez años, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (apartado 5). Y se añade el delito regulado en el artículo 177 bis a aquéllos a los que estas normas no serán de aplicación.

### *3.2. Algunas notas sobre el precepto en examen*

A la vista de este recorrido histórico, conviene destacar algunas notas. La primera para determinar si la medida de expulsión puede (1995) o debe (2003) ser acordada por el órgano judicial. En la regulación actual la medida es, en principio, imperativa para todas las penas, si bien se impone el cumplimiento, al menos parcial, de las penas superiores a cinco años. Es oportuno recordar, sin embargo, que desde el primer momento en que esta medida devino obligatoria el Tribunal Supremo se negó a entender que la expulsión debía ser considerada una medida automática. En su muy relevante Sentencia 901/2004, 8

de Julio, señala que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”<sup>11</sup>.

La segunda es que la posibilidad excepcional de no acordar la sustitución se vincula, tradicionalmente, con (a) la naturaleza del delito cometido (2003) y (b) la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza de la vigencia de la norma infringida por el delito (2015). Solamente en este mismo año se matiza esta norma atendiendo que hay que tomar en consideración el arraigo existente y la existencia de una residencia continuada en los dos últimos años. Es precisamente en el arraigo donde se suscita el problema que nos interesa. ¿se puede expulsar a un inmigrante irregular que haya sido condenado y tenga un descendiente, menor de edad, que sea español?

La tercera consideración que puede realizarse atiende a la prohibición de regresar al Estado español, que ha sido potestativa primero (de tres a cinco años, 1995), imperativa después (diez años, 2003), y finalmente potestativa (en su establecimiento y duración, de entre cinco y diez años, desde 2010).

La cuarta es para hacer notar la ampliación de los destinatarios de la medida que han pasado de ser el “extranjero no residente legalmente en España” al “ciudadano extranjero” (2015). Estamos así, pues, en presencia de una refundación del precepto penal en examen, que resulta aplicable a cualquier persona que no sea, en principio, nacional.

La Circular 7/2015 de la Fiscalía<sup>12</sup>, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras

---

<sup>11</sup> Disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/extranjero-acusaci-n-expulsi-p-17210471>, FD 2.

<sup>12</sup> Disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Circular\\_%207-2015.pdf?idFile=5640a72b-d8d6-4ace-8589-4ceb02548906](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_%207-2015.pdf?idFile=5640a72b-d8d6-4ace-8589-4ceb02548906). Como se indica en su apartado 13, “las disposiciones de la presente sustituyen a las contenidas sobre expulsión sustitutiva en la Consulta 2/1990, de 10 de octubre, sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase

la reforma operada por la LO 1/2015 recuerda que el artículo 89 CP ha sido polémico porque su aplicación automática puede resultar discriminatoria y contraria al mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 CE. Entiende además que la norma regula ahora “condiciones personales de casuística muy diversa”<sup>13</sup>.

En el mismo documento se indica que el Código Penal establece algunas excepciones a la expulsión. La primera, relativa por no descartar en todo caso la expulsión, exigiendo el cumplimiento de una parte significativa de la condena de prisión. La segunda, absoluta, pretende evitar la expulsión si esta medida resulta desproporcionada<sup>14</sup>. Esta última es, precisamente, la que nos concita en el presente estudio. Hay que examinar, en efecto, “el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado”<sup>15</sup>. El arraigo personal del extranjero se vincula en la citada Circular con “el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del artículo 8 CEDH”<sup>16</sup>. Sin embargo, esta afirmación no es de todo correcta. El derecho de los menores a no ser separados de sus padres ni se encuentra recogido expresamente en la Constitución ni, como veremos, ha sido integrado, por vía interpretativa, en el artículo 18.1 CE. Por el contrario, sí que ha tenido un relevante reconocimiento la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

---

procesal en que debe acordarse; en la Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales; en la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; y en la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, a salvo la remisión contenida en el epígrafe 12 (p. 46).

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>16</sup> *Idem*.



#### 4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

A efectos expositivos, nos detendremos, en primer lugar, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la expulsión de extranjeros, para analizar después en la relacionada, en particular, con el derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores. Cerramos el presente apartado poniendo de manifiesto la influencia que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en el Derecho español.

##### 4.1. *La jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros*

La más reciente condena impuesta al Estado español guarda estrecha relación con la materia examinada en el presente trabajo. Aziz Saber y Hamza Boughassal<sup>17</sup> son dos marroquíes que llevan tiempo viviendo en España. El primero entró en suelo español en fecha indeterminada, aunque se sabe que estuvo escolarizado entre 1998 y 2001, ha tenido permisos de residencia (uno de 2006 que caducaba en 2011) y residen también en su ciudad su madre y cinco hermanos. El segundo entró en España en 1998, estando escolarizado hasta 2003. Ha tenido varios permisos de residencia hasta 2012, y en Gerona residen sus padres y hermanos.

Ambos recurrentes fueron condenados por sendos delitos de tráfico de drogas (a uno y tres años de cárcel, respectivamente). La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil inicia un expediente de expulsión contra ambas personas, que culmina con la expulsión y la prohibición de reentrada (durante cuatro y diez años, respectivamente).

Aunque ambos recurrentes impugnaron esta decisión invocando su derecho a la vida privada y familiar, sus pretensiones no fueron tomadas en consideración por la autoridad judicial. Se confirmó la

---

<sup>17</sup> Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España (demandas 76550-13 y 45938-14), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-189055>.

expulsión del primer recurrente por no apreciar la concurrencia de circunstancias personales que pudieran evitarla. Y también la del segundo recurrente, aunque se rebajara la prohibición de reentrada a un plazo de tres años, en aplicación del principio de proporcionalidad y a la vista de sus circunstancias personales.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó las medidas impugnadas, entendiendo que la orden de expulsión dictada en aplicación del artículo 57.2 LOEX no constituye una sanción<sup>18</sup>, por lo que no resulta de aplicación lo previsto en el apartado cinco del mismo precepto legal<sup>19</sup>. Además, entiende que la expulsión sirve para

---

<sup>18</sup> Dispone el precepto que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

<sup>19</sup> La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

paralizar cualquier permiso de residencia y recuerda que los recurrentes han roto las reglas de convivencia.

El Tribunal de Estrasburgo comienza su argumentación recordando que la vida privada se ve concernida en “todas las relaciones sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad en la que viven”<sup>20</sup>. Entiende que, si bien en un principio, las relaciones entre padres e hijos adultos o entre hermanos adultos no inciden en la vida familiar “sin que se demuestre la existencia de elementos adicionales de dependencia, distintos de los vínculos emocionales normales”, sí que se muestra tal afectación “en determinados casos que atañían a jóvenes adultos que aún no habían fundado su propia familia”<sup>21</sup>. En todo caso, los vínculos existentes inciden claramente en la vida privada.

Dado que una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada incide en la vida privada, debe tomarse en consideración algunos elementos<sup>22</sup>, como son la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el recurrente; la duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado; el lapso de tiempo que transcurre desde la infracción, y la conducta del recurrente durante este periodo; la nacionalidad de las distintas personas concernidas; la situación familiar del recurrente y, especialmente, en su caso, la duración de su matrimonio y de otros factores que evidencien sobre la efectividad de una vida familiar en el seno de una pareja; la cuestión de saber si el cónyuge tenía conocimiento de la infracción en el momento de crear la relación familiar; la cuestión de saber si hay hijos derivados del matrimonio y, en este caso, su edad; la gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el país hacia al que se expulsará al recurrente; el interés y el bienestar de los hijos, especialmente la gravedad de dificultades que los hijos del recurrente pueden encontrar en el país hacia el que el interesado debe ser expulsado; y la solidez de vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y con el país de destino.

---

<sup>20</sup> Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 *Saber y Boughassal c. España*, cit., § 38.

<sup>21</sup> *Ibidem*, § 39.

<sup>22</sup> *Ibidem*, § 40. Estos criterios fueron sistematizados en la STEDH (Gran Sala) *Üner c. Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, demanda 46410-99, §§ 57 y 58, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77540>.

Aunque estos criterios deben aplicarse en todo caso (incluso si el expulsado ha nacido en el país anfitrión), el Tribunal señala que “en el caso de un inmigrante de larga duración que haya pasado la mayor parte, si no la totalidad, de su infancia y juventud legalmente en el país de acogida, deben alegarse razones muy sólidas para justificar la expulsión”<sup>23</sup>. En todo caso, si las autoridades nacionales han ponderado los elementos anteriormente descritos, el control ejercido por el Tribunal será excepcional<sup>24</sup>.

La aplicación de estos principios al caso que le ocupa lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a amparar a los recurrentes. Aunque sólo el segundo mantiene una vida familiar en nuestro país (está casado con una marroquí), ambos llegaron a España cuando eran niños y han mantenido una vida privada aquí durante muchos años.

Se condena al Reino de España por considerar que la medida no era necesaria en una sociedad democrática. Se recuerda que algunas de las jurisdicciones nacionales que conocieron de las causas entendieron que no era preciso examinar las circunstancias personales y familiares de los afectados en virtud del artículo 57.2 LOEX. El Tribunal de Estrasburgo sostiene, bien al contrario, que “deben tomarse en consideración todos los criterios establecidos en su jurisprudencia [...] y orientar a las autoridades nacionales en todos los casos que atañen a inmigrantes establecidos que se supone van a ser expulsados y/o se les va a prohibir la reentrada en el territorio a raíz de una condena penal, ya sea respecto de la ‘vida familiar’ o de la ‘vida privada’, según las circunstancias de cada caso”<sup>25</sup>. Como esto no ocurrió, se ampara a los recurrentes, decretando una violación del artículo 8 CEDH.

---

<sup>23</sup> § 41. Idea avanzada previamente en la Sentencia (Gran Sala) Maslov c. Austria, de 23 de junio de 2008, demanda 1638-03, § 75, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-139050>.

<sup>24</sup> Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España, cit., § 42.

<sup>25</sup> *Ibidem*, § 47. El Tribunal se remite, en esta cuestión, a la Sentencia (Gran Sala) Ünner c. Países Bajos, cit., § 60.

#### 4.2. *La jurisprudencia sobre el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes*

En la jurisprudencia examinada en líneas anteriores se pone de manifiesto que la expulsión de un extranjero de suelo nacional afecta, siempre, a su vida privada. Nos interesa constatar ahora que también puede comprometer su vida familiar cuando mantiene contacto con sus hijos menores.

Esto ocurre, por ejemplo, en el asunto Udeh c. Suiza<sup>26</sup>. Udeh, de origen guineano, solicitó asilo en Suiza, que fue rechazado en enero de 2002 por presentar una falsa identidad. Vuelve a dicho país en septiembre de 2003 y se casa dos meses después con una ciudadana suiza con la que acaba de tener unos hijos gemelos. Aunque obtendrá un permiso de residencia se divorciará de su mujer. En abril de 2006 el recurrente es detenido en Alemania por un delito de tráfico de drogas y condenado a cumplir cuarenta y dos meses de prisión. Las autoridades suizas estiman que, dado que ha vencido el permiso de residencia y ha estado fuera del país más de seis meses, no procede concederle un nuevo permiso de residencia. Los Tribunales suizos desestiman los recursos del recurrente y de su esposa, que actúa en nombre propio y de los hijos del afectado. En lo que atañe a la vida familiar del afectado, el Tribunal estima que su expulsión afectara a sus descendientes, pero considera que el interesado dispone de una red familiar intacta en su país de origen. Las autoridades suizas han emitido una prohibición de que el interesado entre en su territorio hasta el 26 de enero de 2020, aunque el recurrente, tras divorciarse de su primera mujer, ha tenido otra hija con otra mujer suiza, y mantiene también un derecho de visita de sus dos primeros hijos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la expulsión y prohibición de entrar en suelo nacional tiene por consecuencia “su separación de sus hijas gemelas”, que poseen la nacionalidad suiza, lo que puede comprometer la vida familiar<sup>27</sup>.

Para determinar si la expulsión es, o no, necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal recuerda los elementos que deben ser pon-

---

<sup>26</sup> Sentencia (Sección Segunda) de 16 de abril de 2013, asunto Udeh c. Suiza (demanda 12020-09, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-118576>).

<sup>27</sup> *Ibidem*, § 38.

derados cuando se debate la expulsión de un extranjero<sup>28</sup>. Estima, en primer lugar, que, aunque la condena impuesta en Alemania es un factor relevante, el delito ha merecido una sanción menor<sup>29</sup>. También constata que Suiza ha sido y es el centro de su vida privada y familiar durante más de siete años y medio<sup>30</sup>. Además, el comportamiento del recurrente tras su liberación ha sido irreprochable, lo que permite cuestionar el juicio de peligrosidad del afectado realizado por las autoridades nacionales<sup>31</sup>.

En relación con la vida familiar, el Tribunal confiere especial importancia a la primera relación del recurrente, dado que cuando se conciben los hijos no se había delinquido. No ocurre lo mismo con la compañera actual del recurrente, ya que la relación se establece cuando su situación en Suiza era ya precaria<sup>32</sup>. El Tribunal recuerda que la expulsión del recurrente tendrá un evidente impacto en las gemelas, que poseen nacionalidad suiza, y considera que “lo mejor para las niñas es crecer con ambos padres y, en vista del divorcio, la única posibilidad de mantener un contacto regular entre el solicitante y los dos hijos es permitirle permanecer en Suiza, ya que no se puede esperar que la madre, con los niños en común, siga al solicitante a Nigeria”<sup>33</sup>.

A la vista de lo que precede, “en particular a la vista de sus hijos comunes, a la relación familiar que existe realmente entre el recurrente y las hijas así que al hecho de que el recurrente ha cometido una sola infracción grave y que su comportamiento ha sido irreprochable, lo que permite suponer una evolución positiva en el futuro, el Tribunal considera que el Estado defensor ha sobrepasado el margen de apreciación del que disponía en el presente caso”<sup>34</sup>.

Dos Magistrados (Jociene y Lorenzen) discrepan de esta construcción y defienden que no se ha lesionado el derecho fundamental en examen (por haber ingresado en Suiza como adulto, por hacerlo con documentos falsos y por haber delinquido).

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 45.

<sup>29</sup> *Ibidem*, § 46.

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 48.

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 49.

<sup>32</sup> *Ibidem*, § 50.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 52.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 54.

También puede ser útil recordar el asunto *Jeunesse c. Países Bajos*<sup>35</sup> en el que se supervisa la decisión de expulsar a una mujer que había entrado en el país con un permiso de visita familiar, que incumplió. Durante la tramitación de la expulsión la recurrente se casa y tiene un hijo en el año 2000, ambos de nacionalidad neerlandesa. La recurrente intenta regularizar su situación en 1997, 2001, 2007 (en enero y septiembre), y 2010, sin éxito. En este último año se la retuvo en retención administrativa con vistas a su expulsión, pero se terminó decretando finalmente su libertad por estar embarazada.

A juicio del Tribunal, “la cuestión a determinar sobre todo es saber si, a la vista de los hechos de la causa valorados en su conjunto, las autoridades neerlandesas estaban obligadas en virtud del artículo 8 a otorgar un permiso de residencia a la recurrente a fin de permitirle desarrollar su vida familiar sobre su territorio”<sup>36</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo recuerda que el derecho a la protección de la vida familiar puede imponer obligaciones positivas a las autoridades nacionales<sup>37</sup>, lo que incide en las decisiones que se adopten en el marco de la política migratoria estatal. Es verdad que el margen estatal de actuación es mayor cuando las personas son conscientes de que su situación es precaria<sup>38</sup>, pero también que, si hay menores, debe tomarse en consideración su interés superior, que “debe prevalecer en todas las decisiones concernientes a ellos”<sup>39</sup>.

A juicio del Tribunal, concurren algunas circunstancias que deben ser tomadas en consideración:

En primer lugar, “todos los miembros de la familia de la demandante, con excepción de ella, son nacionales de los Países Bajos y su marido y sus tres hijos tienen derecho a vivir su vida familiar juntos en los Países Bajos”<sup>40</sup>. Además, “al nacer el solicitante era de nacionalidad holandesa. Perdió esa nacionalidad con el acceso a la indepen-

---

<sup>35</sup> STEDH (Gran Sala) de 3 de octubre de 2014 recaída en el asunto *Jeunesse c. Países Bajos* (demanda 12738-10, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-147178>).

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 105.

<sup>37</sup> *Ibidem*, § 106.

<sup>38</sup> *Ibidem*, ver § 108.

<sup>39</sup> *Ibidem*, § 109.

<sup>40</sup> *Ibidem*, § 115.

dencia de [la República de] Surinam y se convirtió en surinamí no por elección sino en virtud del artículo 3 del Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la República de Surinam en relación con atribución de la nacionalidad [...]. Por lo tanto, no se puede simplemente considerar la situación equivalente a la de otros solicitantes de inmigración que nunca han tenido la nacionalidad holandesa”<sup>41</sup>.

En segundo lugar, la residencia de la recurrente en los Países Bajos supera los dieciséis años y no tiene antecedentes penales. La propia inacción de las autoridades en lo que atañe a su expulsión le ha permitido “establecer y desarrollar vínculos familiares, sociales y culturales estrechos con el país”<sup>42</sup>.

En tercer lugar, las autoridades deben evaluar, en todo caso, si la familia podría desplegar su vida en Surinam<sup>43</sup>.

Finalmente, y esta es la *ratio decidendi*, el Tribunal constata que es la madre recurrente “quien cuida a los niños diariamente. Están profundamente arraigados en los Países Bajos, del que poseen, como su padre, la nacionalidad. Los documentos del expediente no evidencian vínculo directo alguno entre ellos y Surinam, un país en el que nunca han estado”<sup>44</sup>. Dado que “el interés superior de los niños debe prevalecer en todas las decisiones que los afectan” y que esta idea “es objeto de un amplio consenso, particularmente en el derecho internacional”<sup>45</sup>, debe ser tomada en consideración en el presente caso. El Tribunal considera que, “a la vista de las circunstancias específicas del caso, resulta dudoso que las consideraciones generales relacionadas con la política de inmigración [adoptadas por el Estado demandado] puedan ser consideradas como un motivo suficiente para negar a la recurrente el derecho de residencia en los Países Bajos”<sup>46</sup>. Se ha vulnerado así el derecho a la vida familiar de la recurrente<sup>47</sup>.

En definitiva, cuando hay vida familiar efectiva, la expulsión del extranjero debe supeditarse, en su caso, al interés superior del menor.

---

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*, § 116.

<sup>43</sup> *Ibidem*, § 117.

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 119.

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 118.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 121.

<sup>47</sup> *Ibidem*, § 122.



Discrepan de este parecer tres Magistrados (Villiger, Mahoney y Silvis) que opinan que las autoridades nacionales ponderaron los intereses de la solicitante y su familia, por una parte, y el interés general de la comunidad, por otra parte. Estiman que con esta Sentencia, el Tribunal se aleja del papel subsidiario que le asigna la Convención, y se deja guiar más por la humanidad que por la justicia. Sin embargo, este razonamiento pierde consistencia si se compara este asunto con *Amrollahi c. Dinamarca*<sup>48</sup>, en el que el recurrente fue condenado por un delito de tráfico de drogas más grave<sup>49</sup> y fue igualmente amparado porque la medida de expulsión afectaba a su mujer danesa, a sus dos hijos y a una tercera hijastra con la que convivía efectivamente<sup>50</sup>.

### 4.3. *La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el Derecho español*

En páginas anteriores hemos hecho referencia a la Circular 7/2015 de la Fiscalía. Conviene retomar este documento porque en él puede apreciarse que el Ministerio Fiscal es plenamente consciente de la importancia de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en materia de expulsión de extranjeros.

En la Circular se detallan algunos elementos que deben ser ponderados por las autoridades que acuerden la expulsión<sup>51</sup>.

Así, en primer lugar, debe valorarse el tiempo de residencia, entendiendo que a mayor tiempo suele haber mayor arraigo. Éste se presume en los residentes legales, por lo que la expulsión solamente cabe “si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguardar [sic] la seguridad y el orden interior”, pero “no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso”<sup>52</sup>. En algunos supuestos concretos, el asentamiento prolongado convierte al inmigrante en

---

<sup>48</sup> Sentencia (Sección Primera) de 11 de octubre de 2002, recaída en el asunto *Amrollahi c. Dinamarca* (demanda 56811-00, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60605>).

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>50</sup> *Ibidem*, § 43.

<sup>51</sup> Circular 7/2015 de la Fiscalía, cit., pp. 16 ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 16.

un ciudadano efectivo del país, como ocurre con los inmigrantes de segunda generación (nacidos o llegados a nuestro país durante su infancia o juventud).

El Ministerio Fiscal entiende que la expulsión tampoco procede cuando se ve comprometida la vida o integridad del penado por sus circunstancias y su país de origen<sup>53</sup> o cuando, por su estado físico o psíquico, la medida le sitúe en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación<sup>54</sup>.

La expulsión no debe comprometer la vida familiar del afectado, lo que ocurrirá si guarda relaciones estables de convivencia o dependencia con otras personas, que pueden ser ascendientes, descendientes, pareja y hermanos, u otros parientes que dependen materialmente del afectado. Ahora bien, para que la vida familiar sea tomada en consideración debe acreditarse una situación efectiva de convivencia o asistencia material<sup>55</sup>. Y tal examen no solamente procede ser realizado en el momento de la condena, sino que también debe realizarse en el momento en el que se va a producir la expulsión efectiva<sup>56</sup>.

Otro factor a tener en cuenta es el impacto que la expulsión puede tener en el afectado y en su familia. En este apartado deberá tomar-

---

<sup>53</sup> Idém, con cita a las SSTS 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre.

<sup>54</sup> Sobre la última afirmación, la Circular se remite a la STEDH Nasri contra Francia, de 13 de julio de 1995.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 17-18. Se citan en la circular diversas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en apoyo a sus afirmaciones: Emre contra Suiza, de 11 de octubre de 2011 (necesidad de respetar la vida familiar), Onur contra el Reino Unido, de 17 de febrero de 2009 (sobre ejemplos de familiares), y Baghli contra Francia, de 30 de noviembre de 1999; Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002; Ezzouhdi contra Francia, de 13 de febrero de 2001; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003 y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003 (sobre la necesidad de que haya vida familiar efectiva), tanto en la pareja (Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002), como en las relaciones paterno filiales (Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos, de 7 de noviembre de 2000; Ezzouhdi contra Francia, de 13 de febrero de 2001; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003, y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003). La idea de que también deben ser tomados en consideración otros familiares que dependan materialmente del afectado se extrae del artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 18-19. Se recuerda la STEDH Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003.

se en consideración factores tales como la salud del condenado (que puede verse afectada por la medida), la dependencia de familiares del interesado, o las dificultades que cónyuges o hijos pueden tener a la hora de seguir al expulsado<sup>57</sup>.

También debe tomarse en consideración si existe, o no, vinculación del afectado con el país del que procede. No procede acordar la expulsión si no mantiene con él lazos sociales, culturales y familiares<sup>58</sup>.

Hay otras circunstancias personales que pueden condicionar la decisión de expulsar, o no, al condenado, como pueden ser el riesgo actual de que pueda quebrantar el orden o la seguridad pública<sup>59</sup>.

Finalmente, el propio artículo 89.1 CP alude a la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados. En estos casos, la expulsión podría ser acordada, aunque el penado hubiera acreditado una situación de arraigo personal<sup>60</sup>.

En resumen, para “valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 19-20. La circular cita las SSTEDH Mehemi contra Francia, de 10 de abril de 2003 (sobre los familiares que siguen al expulsado), Boultif contra Suiza, de 2 de agosto de 2001 (sobre la dependencia de familiares), Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010 (sobre el estado de salud del afectado). Interesa señalar que en ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha constatado que la separación resulta en ocasiones inevitable (SSTEDH Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002, y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003), pero también que, en determinadas circunstancias, la familia resulta el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH Nasri contra Francia, de 13 de julio de 1995).

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 20. Se citan las SSTEDH Moustaquin contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991; Mehemi contra Francia, de 26 de septiembre de 1997; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003; Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003, y Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 20. En estos casos puede valorarse el comportamiento del afectado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002) o desde la decisión de expulsión (STEDH Moustaquin contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991), o desde su excarcelación. En todos estos casos, un periodo de buena conducta reduce el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010).

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 21.

familiar exige para poder excluir la aplicación del art. 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos –matrimoniales o no–, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica”<sup>61</sup>.

En cuanto a la prohibición de regresar a nuestro país, la circular de la Fiscalía vincula su duración con la pena de prisión impuesta (cinco años si la pena es hasta dos años de prisión, entre seis y nueve años, si le pena ese sitúa entre dos y cinco años de prisión, y diez años si la pena es de más de cinco años<sup>62</sup>).

Resulta evidente que el Ministerio Fiscal se ha tomado muy en serio la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que debe ser alabado. Se puede considerar que ha redefinido el contenido y alcance del artículo 89 CP. Sorprende, sin embargo, que la circular no indique nada en relación con el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>63</sup>, que dispone que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año<sup>64</sup>, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>63</sup> Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo ha entendido que lo relevante es que el tipo penal esté sancionado en el Código Penal con pena de un año o superior, no siendo aplicable a aquellos delitos que se muevan en horquillas que contemplen penas inferiores (STS –Sala de lo Contencioso– 2782/2018, de 3 de julio, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e3c935391307928d>). Conviene recordar que la propia Ley establece algunas excepciones en el artículo 57.5. Además, los residentes de larga duración se ven protegidos también por el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración. Sin embargo, el asunto varía, y mucho, si entra en juego la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. En estos casos, “sí procede la expulsión ‘automática’ de extranjeros residentes de larga duración condenados por delitos

Este silencio es sorprendente porque el Tribunal Supremo ha estimado que la aplicación de este precepto es automática, al afirmar que se trata “de una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración –con el juego de grados, atenuantes o conformidades– pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla –de nuevo– a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión, ya que el legislador sólo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito, por el que extranjero fue condenado, está sancionado, en el Código Penal español, con una pena privativa de libertad superior al año”<sup>65</sup>.

---

dolosos con penas superiores a un año, prevista en el artículo 57.2 de la citada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.5 ni en el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE” (STS –Sala de lo Contencioso– 663/2019, de 27 de febrero, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8689128&statsQueryId=104020599&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX&optimize=20190312&publicinterface=true>, FD 4.

<sup>65</sup> STS – Sala de lo Contencioso 2041/2018, de 31 de mayo, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8414746&statsQueryId=104021159&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX%20Y%20arraigo&optimize=20180611&publicinterface=true>, FD 6. Se apoya la mayoría en que esta norma transpone el Derecho de la Unión y por eso no admite interpretaciones concretas en el ámbito de cada ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro”.

El Magistrado Rafael Fernández Valverde cuestiona el automatismo que sus colegas atribuyen al artículo 57.2 LOEX, afirmando que, siendo una infracción, su aplicación debe tomar en consideración la conducta personal del afectado y el principio de proporcionalidad (en la extensión temporal de la medida). Y apoya su idea en el criterio sistemático del precepto legal, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 186/2013/7, de 4 de noviembre –deber de ponderar sobre los efectos de la expulsión sobre la convivencia familiar– y 131/2016, de 18 de julio, en la que se afirma que la “ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental. Al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así

Conviene recordar, sin embargo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha opuesto a esta interpretación, al señalar que “no puede aceptar el argumento del Gobierno [español] de que la ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya ha sido realizada por el legislador con la aprobación del artículo 57.2 de la LOEx, que prevé una medida de expulsión en caso de condena penal por un delito intencional punible con pena de prisión superior a un año. A este respecto, el TEDH recuerda que la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el extranjero es sólo uno de los criterios que deben ser ponderados por las autoridades nacionales al valorar la necesidad de una orden de expulsión con respecto a los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio”<sup>66</sup>.

---

como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ7)” y normativa de la Unión Europea (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, que aprueba el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; y el artículo 28.1 de la Directiva 38/2004, de 29 de abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

El Magistrado José Juan Suay Rincón emite otro voto particular, en el que, partiendo de la idea de que el artículo 57.2 LOEX regula “una consecuencia asociada a la realización de una infracción penal, a su imposición no le puede ser ajena el juicio de proporcionalidad que, si bien pudiera resultar exigible en vía de principio, ya de entrada, a todo acto de gravamen, con mayor dificultad aún cabe eludir su toma en consideración, precisamente, ante una medida como la que nos ocupa que incide directa y gravemente sobre la propia esfera de libertad personal de sus destinatarios y aplicable incluso a extranjeros con autorización de residencia de larga duración” (apartado 2 *in fine*).

<sup>66</sup> Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España, cit., § 48.

## 5. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PADRES EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea incide en la materia objeto de nuestro estudio a través de la emisión de diversas directivas que imponen límites a la actuación del Estado en materia de extranjería. Y lógicamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha encargado de delimitar el alcance de dichas restricciones que vinculan a los Estados miembros a través de su muy interesante jurisprudencia. Ambos extremos serán examinados a continuación.

### 5.1. *La normativa de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español*

Como ya se ha adelantado hay diversas normas que inciden en la expulsión de extranjeros. Especial interés presenta hoy<sup>67</sup> la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>68</sup>, que dispone, en su artículo 5, bajo el título de “No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud”, que, al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio

---

<sup>67</sup> En el pasado debería aludirse también a la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, derogada por la Directiva 2004/38/CE. Conviene recordar que el Tribunal de Luxemburgo ya había establecido que la misma imponía algunos límites a la expulsión (como es que la misma se justificara si el afectado era una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o que pudiera ser impugnada en sede administrativa o judicial). Ver, en este sentido, la relevante STJUE (Sala Quinta) Orfanopoulos y otros y Oliveri contra Land Baden-Württemberg, de 29 de abril de 2004 (asuntos C-482/01 y C-493/01, §§ 100 y 116).

<sup>68</sup> Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/115/oj>. Es relevante en esta materia el Reglamento (UE) 2016/1953 establece un documento de viaje europeo uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1953/oj>).

de no devolución. Y la Comisión, en una relevante Recomendación<sup>69</sup>, aconseja a las autoridades nacionales que “lleven a cabo una evaluación del interés superior del menor de forma sistemática sobre la base de un enfoque pluridisciplinar”<sup>70</sup>.

También es relevante el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración<sup>71</sup>, titulado protección contra la expulsión. En su primer subapartado dispone que los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Y en el tercero exige que la decisión se pondere tomando en consideración la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de ellos con el país de origen. Vemos que esta normativa es perfectamente compatible con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, lógicamente, ha empapado nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 57.5.b LOEX, que traspone la directiva en nuestro país, dispone que, “antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en <http://data.europa.eu/eli/reco/2017/432/oj>.

<sup>70</sup> § 13.d. Debe llamarse la atención de que la Comisión olvida que la vida familiar se puede ver afectada también cuando se expulsa a personas mayores de edad, como ha quedado acreditado en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>71</sup> Texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02003L0109-20110520&from=EN>.

<sup>72</sup> Ya hemos indicado que el Tribunal Supremo español ha señalado que “sí procede la expulsión ‘automática’ de extranjeros residentes de larga duración condenados por delitos dolosos con penas superiores a un año, prevista en el artículo 57.2 de la citada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.5 ni en el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE” (STS –Sala de lo Contencioso– 663/2019,



Asimismo debemos contar con lo previsto en el artículo 28 (protección contra la expulsión) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>73</sup>. Este precepto dispone, en su primer apartado, que “antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Incide también en esta materia la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países<sup>74</sup>, que impone a los Estados miembros que la apliquen “respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (artículo 3.2).

---

de 27 de febrero, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8689128&statsQueryId=104020599&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX&optimize=20190312&publicinterface=true>, FD 4.

<sup>73</sup> Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l33152>. La versión consolidada de esta Directiva puede ser consultada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>. Este precepto ha sido transpuesto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>.

<sup>74</sup> Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/40/oj>. Ha sido transpuesta al Derecho español en el artículo 64.3 LOEX, incorporado mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21187>).

Completa este recorrido una alusión contenida en la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros<sup>75</sup>. Se indica que los Estados disponen de la “facultad de decidir suspender temporalmente la ejecución de una resolución [de retorno] en casos concretos, cuando lo consideren necesario por otros motivos (por ejemplo, vida familiar, salud o el interés superior del menor)”<sup>76</sup>.

Puede afirmarse, a la vista de este breve recorrido histórico, que el Derecho de la Unión Europea es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que hemos examinado en líneas anteriores. Y esta percepción se confirma si se examina, de forma sintética, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

## *5.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Aunque las normas de la Unión que se han resumido en el apartado anterior son más tibias que la jurisprudencia reseñada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en líneas anteriores, es de justicia señalar que el Tribunal de Luxemburgo ha reafirmado la vigencia de los derechos fundamentales a la vida privada y la vida familiar en su jurisprudencia.

Centraremos nuestra mirada en algunas Sentencias relacionadas, en primer lugar, con la eventual incidencia de la expulsión de personas en sus derechos a la vida privada y familiar, para examinar después, en segundo lugar, otras más directamente relacionadas con el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes.

---

<sup>75</sup> Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reco/2017/2338/oj>.

<sup>76</sup> § 1.2.4. in fine. Con carácter general, “la Comisión recomienda que se conceda un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra una decisión de retorno solo en los casos obligatorios citados, para encontrar el justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno”. No se comprende muy bien cómo se garantiza la tutela judicial efectiva si el amparo se obtiene cuando el afectado ya ha sido expulsado.

Así, interesa recordar, en primer lugar, la Sentencia López Pastuzano<sup>77</sup>, que atañe a nuestro país, en relación con residentes extracomunitarios de larga duración (Directiva 2003/109/CE). El afectado, de nacionalidad colombiana, obtuvo un permiso de residencia de larga duración en 2013. Seis meses más tarde fue condenado a dos penas de prisión de doce y tres meses de prisión, respectivamente. La Delegación del Gobierno acuerda el 29 de junio de 2015 su expulsión y prohibición de no entrar en suelo nacional en cinco años. Cuando el afectado interpone recurso judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Pamplona decide plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Juzgado explica que existen dos modalidades de expulsión administrativa según que tengan su origen en la comisión de infracciones administrativas (art. 57.1 LOEX) o en ser condenado por conducta dolosa a pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LOEX). Señala también que la doctrina mayoritaria de los tribunales superiores de justicia es que las restricciones a la sanción de expulsión, previstas en el artículo 57.5 LOEX, que incluyen algunas específicamente dirigidas a los residentes de larga duración, solamente son aplicables cuando el origen del expediente se debe a infracciones administrativas y no a la comisión de ilícitos penales, como es el caso. La duda que traslada al Tribunal de Luxemburgo es si este entendimiento de la legislación española se compadece con el artículo 12 de la Directiva 2003/109, que ha sido examinada en líneas anteriores.

El Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva “dispone que, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. Por lo tanto, es indiferente que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o que sea consecuencia de una

---

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017, recaída en el asunto Wilber López Pastuzano contra Delegación del Gobierno en Navarra (asunto C-636/16), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-636/16>.

condena penal”<sup>78</sup>. Recuerda que “tal medida no puede adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal”<sup>79</sup>. En resumen, se impone “la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un tercer Estado residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma”<sup>80</sup>.

También resulta de interés el caso *Nural Ziebell*<sup>81</sup>, en la que el Tribunal recuerda que la expulsión de un turco (que cumple los requisitos exigidos en la Decisión 1/80 para residir en suelo alemán), y al que el Tribunal considera aplicable el artículo 12 de la Directiva 2003/109 por no existir otra norma más cercana al supuesto de hecho<sup>82</sup>, por razones de orden o de seguridad públicos, conoce límites. En efecto la expulsión “sólo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Al llevar a cabo esa valoración, tales autoridades están obligadas, además, a velar por el respeto tanto del principio de proporcionalidad como de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho al respeto de su vida privada y familiar”<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, § 26.

<sup>79</sup> *Ibidem*, § 27, que trae a colación la Sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell* (C-371/08, EU:C:2011:809), apartados 82 y 83.

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017, recaída en el asunto *Wilber López Pastuzano*, cit., § 29.

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de diciembre de 2011, en el asunto C-371/08, en el procedimiento prejudicial que tiene su origen en *Nural Ziebell* y *Land Baden-Württemberg*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=116127&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35863>.

<sup>82</sup> *Ibidem*, § 79.

<sup>83</sup> *Ibidem*, § 82. Se remite el Tribunal, en este punto, a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Bozkurt* (C303/08, ECLI:EU:C:2010:800), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1B8D010EC03E5FB2451D66819599A-C34?text=&docid=83448&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9101650>, §§ 57 y 60, y jurisprudencia allí citada.

Por otra parte, se hacen dos consideraciones suplementarias en la Sentencia *Nural Ziebell* que conviene retener. La primera es para señalar que las medidas sobre el afectado “no pueden adoptarse de un modo automático a raíz de una

Incluso la expulsión inmediata (o la concesión de un plazo menor de siete días para que se produzca la salida voluntaria) de un extranjero en situación irregular no puede vincularse con el hecho de que sea sospechoso de haber cometido un acto tipificado como delito conforme al Derecho nacional o por haber sido condenado penalmente por tal acto<sup>84</sup>. La alusión de la existencia de un riesgo para el orden público requiere un plus argumental, que tome en consideración otros factores, como son “la gravedad del acto, el tiempo transcurrido desde su comisión o la circunstancia de que dicho nacional se disponía a abandonar el territorio de ese Estado miembro cuando fue detenido por las autoridades nacionales”<sup>85</sup>.

De esta jurisprudencia se deduce que la expulsión de un extranjero debe respetar los derechos a su vida privada y familiar y ser ponderada a la vista de criterios similares a los manejados por el Tribunal de Estrasburgo.

Esta necesidad es, si cabe, más imperiosa cuando existen menores de por medio. Especial interés presenta en esta investigación la Sentencia recaída en el asunto C-86/12<sup>86</sup>, porque en ella se cuestiona si resulta legítimo denegar a un nacional de un Estado tercero, que asume en solitario el cuidado de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro en el que éstos viven

---

condena penal o con una finalidad de prevención general para disuadir a otros extranjeros de que cometan infracciones” (§ 83). La segunda es que la decisión de si la persona constituye una amenaza concreta debe realizarse no solamente en la decisión judicial que impone la condena, sino también tomando en consideración “los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría” (§ 84).

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 11 de junio de 2015, Z. Zh. Y Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, y entre Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie e I. O (asunto C-554/13), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164962&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=50057>, § 84.

<sup>85</sup> § 65.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de octubre de 2013, Adzo Domenyo Alokpa y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (asunto C-86/12), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142826&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=47231>.

con él desde su nacimiento. La respuesta del Tribunal es contundente, al afirmar, en relación con la Directiva 2004/38/CE, que “la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste”<sup>87</sup>.

Esta jurisprudencia se ha visto confirmada por la Sentencia de la Gran Sala de 8 de mayo de 2018<sup>88</sup>. El Tribunal considera que “apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, las autoridades competentes deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta”<sup>89</sup>.

No basta con que el otro progenitor pueda asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor, sino que resulta obligado pon-

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, § 28.

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.L., B.A., y Belgische Staat (asunto C-82/16), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201821&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=51023>.

<sup>89</sup> *Ibidem*, § 71. El Tribunal se apoya en la STJUE de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vilchez y otros (C-133/15, EU:C:2017:354), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190502&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9102954>, § 70.

derar otros factores (edad y desarrollo físico y emocional, intensidad de su relación con el progenitor afectado, y, en última instancia su interés superior) para determinar si existe, o no, una relación de dependencia entre ambos<sup>90</sup>. Especial interés presenta el dato de que ambos convivan (aunque este dato no “llegue a constituir una condición necesaria”<sup>91</sup>).

El Tribunal de Luxemburgo ha asumido la idea, adelantada por el Tribunal de Estrasburgo<sup>92</sup>, de que lo relevante no es tanto que exista una filiación biológica o jurídica entre el menor y el adulto<sup>93</sup>, sino que pueda acreditarse la existencia de una vida familiar efectiva con implicaciones afectivas y/o de dependencia. En definitiva, no se puede expulsar a un nacional de un tercer país y prohibir su regreso “sin tener en cuenta los datos de su vida familiar y, en particular, el interés de su hijo menor”<sup>94</sup>.

Podemos concluir, a la vista de las resoluciones examinadas en líneas anteriores, que la existencia de un derecho efectivo a la vida

---

<sup>90</sup> Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., y Belgische Staat, cit., § 72.

<sup>91</sup> *Ibidem*, § 73.

<sup>92</sup> Y es que “la existencia o ausencia de vida familiar se trata sobre todo de una cuestión de hecho, que depende de la existencia de vínculos personales estrechos (Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, § 31, serie A n° 31 y K. y T. contra Finlandia, citada, § 150). La noción de familia prevista por el artículo 8 atañe a las relaciones fundadas sobre el matrimonio y también otros vínculos *familiares* de facto cuando las partes cohabitan fuera de todo vínculo conyugal o cuando otros factores demuestran que la relación presenta suficiente constancia (Kroon y otros contra Países Bajos, 27 de octubre de 1994, § 30, serie A n° 297-C, Johnson y otros c. Irlanda, 18 de diciembre de 1985, § 55, serie A n° 112, Keegan c. Irlanda, 26 de mayo de 1994, § 44, serie A n° 290, y X., Y. y Z. contra Reino Unido, 22 de abril de 1997, § 36, Repertorio 1997-II)” [Sentencia (Gran Sala) Paradiso y Campanelli c. Italia, de 24 de enero de 2017, demanda 25358-12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/leng?i=001-170867>, § 140].

<sup>93</sup> Y es que “la existencia de un vínculo familiar, sea este biológico o jurídico, entre el ciudadano de la Unión menor de edad y su progenitor, nacional de un tercer país, no basta para justificar el reconocimiento al amparo del artículo 20 TFUE a dicho progenitor de un derecho de residencia derivado en el territorio del Estado miembro del que el hijo menor sea nacional” (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., y Belgische Staat, cit., § 75).

<sup>94</sup> *Ibidem*, § 107.

familiar puede condicionar la expulsión de extranjeros que se encuentren en situación irregular. Y que el Tribunal de Luxemburgo ha reconocido, en consonancia con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los menores tienen un derecho fundamental a no ser separados de sus progenitores cuando exista, entre ellos, una fáctica vida familiar.

Dado que el Derecho de la Unión goza de aplicación preferente sobre las normas internas, resulta evidente que, cuando se aplica Derecho de la Unión, este derecho subjetivo de los menores debe ser respetado. Pero también cuando no entra en juego el Derecho de la Unión, puesto que España debe respetar siempre y en todo caso los derechos recogidos en los Tratados internacionales suscritos en esta materia. De un lado, en el artículo 9 CDN, que ha sido analizado en el segundo epígrafe del presente estudio. De otro, en el artículo 8 CEDH, que ha sido igualmente examinado en el apartado cuarto de este mismo escrito. Y en este último caso debe tomarse en especial consideración a la jurisprudencia dictada en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del Convenio.

Sería razonable que esta jurisprudencia empapara nuestro sistema interno de derechos constitucionales, si ello resulta posible. No lo cree así nuestro Tribunal Constitucional. Conviene recordar cuál ha sido su posición en la materia, y someterla, posteriormente, a examen crítico.

## 6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO PUNTO DE CONTRASTE

Hemos visto en líneas anteriores que hay derechos humanos, como son la vida privada y la vida familiar o el derecho de los menores a no ser separados de los progenitores que cuidan de ellos, que pueden condicionar, y mucho, la política de extranjería de nuestro Gobierno. La clásica idea de que el Estado tiene plena soberanía para acordar la expulsión de un extranjero hoy debe ser matizada seriamente, ya que tal medida debe ser compatible con los citados derechos.

Conviene hacer, notar, sin embargo, que ninguno de los derechos humanos se incluye, como derecho fundamental, en nuestra Consti-



tución. Esta es la opinión del Tribunal Constitucional, que vamos a analizar con detalle en el presente epígrafe. Pretendemos examinar, en particular, la limitada influencia que la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ha tenido sobre nuestro alto Tribunal.

A efectos expositivos, convendría abordar, separadamente, el estudio de la jurisprudencia constitucional relacionada con la expulsión administrativa, para pasar después a la relacionada con la aplicación del citado artículo 89 CP, que permite hoy sustituir una condena de prisión impuesta a un extranjero por su expulsión del territorio nacional y la prohibición de regresar al mismo durante un periodo de tiempo. Finalmente, examinaremos la jurisprudencia que puede comprometer el derecho del menor a no ser separado de sus progenitores.

### 6.1. *La expulsión administrativa de extranjeros*

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada que “la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre)”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> STC 24/2000/3, de 31 de enero. En esta Sentencia se entiende que la intervención del juez penal que autoriza la tramitación gubernativa de la expulsión cuando el sujeto afectado está encartado por la presunta comisión de delitos menos graves “debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre)” (FJ 4 *in fine*), con independencia de que el control pleno de la decisión de expulsión corresponda a los órganos jurisdiccionales contenciosos-administrativos.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional avala que se pueda decretar la expulsión de un extranjero que ha sido condenado por la comisión de un delito, dado que ambas medidas responden a razones distintas: “la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”<sup>96</sup>.

Especial interés presenta, en este apartado, la STC 131/2016, de 18 de julio, dado que el recurrente impugna su expulsión (prevista en el artículo 57.2 LOEX), por no tomar en consideración la jurisprudencia vertida por los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, y apoyarse exclusivamente en el interés público para avalar la medida, sin ponderar si ésta se justifica en la existencia de una amenaza “real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental en la sociedad” y sin evaluar su situación familiar.

Esta última cuestión ya había sido previamente invocada ante el alto Tribunal por otro recurrente, al que se le denegó la renovación del permiso de trabajo y residencia en España, sin valorar sus circunstancias personales (convivir con dos hijos menores que dependen de él, siendo uno de ellos ciudadano español). En la STC 46/2014/7, de 7 de abril, se considera que los órganos judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no ponderar circunstancias relativas, “primeramente, a su propio esfuerzo de integración y arraigo, toda vez que el recurrente carecía de otros antecedentes penales distintos de los ya expuestos y tenía además un contrato de trabajo indefinido; y en segundo lugar, al arraigo familiar (la madre del recurrente reside en Valencia con una autorización de residencia permanente), y que atañen, en fin, a dos menores (uno de los cuales es español, ambos son de corta edad, pues nacieron en 2002 y 2003, por lo que tenían 5 y 6 años en el momento de la solicitud, y están parcialmente bajo su custodia, dependiendo además económicamente de su pensión de alimentos)”. Afirma el Tribunal, con carácter general, que “la Administración, o los órganos judiciales en vía de recurso, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección

---

<sup>96</sup> STC 236/2007/14, de 7 de noviembre, que se remite al ATC 331/1997/6, de 3 de octubre.

social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño, debieron ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación” (FJ 6).

Es sorprendente que el Tribunal no examine si la ausencia de motivación sobre la intimidación familiar puede comprometer el derecho fundamental recogido en el artículo 18.1 CE<sup>97</sup>.

Volviendo al examen de la STC 131/2016/5, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva porque “no se han tenido en cuenta [por parte de

---

<sup>97</sup> Y es que a este caso le es aplicable el canon de motivación reforzada que los tribunales deben realizar cuando están en juego los derechos fundamentales o los valores superiores del ordenamiento jurídico. En efecto, “hay que recordar que, como hemos manifestado en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional, [...] la motivación exigible a cualquier resolución judicial no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, sino que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior. Así, lo advierte la STC 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, en un caso análogo, pero también en muchas otras (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3, 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4): ‘Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. [...] Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3)’” (STC 81/2018/3, de 16 de julio).

la Administración] las alegaciones que formuló en el procedimiento administrativo acerca de sus circunstancias personales y de arraigo, en particular, el tiempo de residencia en España del interesado, los vínculos con nuestro país, la inexistencia de antecedentes en España, el hecho de que en el momento en que se dictó la resolución tenía dos hijos escolarizados en un colegio público de Gandía, y que tenía un negocio propio desde 2008. Esas circunstancias se pusieron de manifiesto a la Administración en escrito datado el 7 de octubre de 2011, al que acompañaba copia del libro de familia, permiso de residencia de su esposa e hijos, tarjeta censal de autónomo, copia de la declaración del impuesto sobre la renta, y también permiso de residencia. Y añadía que tenía cuenta bancaria abierta para atender a sus necesidades y a la sanción que se le pudiera imponer, manifestando también que no constaba en el expediente ningún documento en relación con la condena en Bélgica, ni si había sido cancelada o no (según ha acreditado el actor ante este Tribunal, por medio de certificación oficial de la correspondiente oficina belga, a agosto de 2014 carece de antecedentes penales en Bélgica)”. Existe, a juicio del Tribunal, “una clara negativa de la Administración a valorar las circunstancias alegadas por el actor, ya que se limita a rechazar las alegaciones mediante fórmulas estereotipadas, en lugar de llevar a cabo una motivación más detallada y apegada al caso, en la que se ponderaran de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego y las circunstancias personales y familiares del actor”. Tal lesión no solamente no ha sido reparada en sede judicial, sino que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha ahondado en ella, al entender que la expulsión administrativa (artículo 57.2 LOEX) no es una sanción, por lo que no cabe valorar las circunstancias personales del autor ni su arraigo por no ser de aplicación lo previsto en los artículos 57.5 y 55.3 del mismo cuerpo normativo (FJ 6). El Tribunal considera que estando en juego “una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal

ponderación (STC 46/2014, FJ 7)”. Constanda tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta innecesario determinar si también cabría anudar la misma al desconocimiento del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 7).

A la vista de este esquemático resumen de la jurisprudencia del Alto Tribunal, podemos concluir que el Tribunal estima que la impugnación de una medida administrativa de expulsión exige una motivación reforzada por parte de la Administración y de la autoridad judicial al poder comprometerse la protección de la familia (artículo 39.1 CE) y de los menores (artículo 39.4 CE).

## ***6.2. La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 (sin menores de por medio)***

Se ha señalado con anterioridad que el artículo 89 CP tiene su precedente en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985. Y en relación con este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado, con carácter general, que “no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar”. Ha precisado en la misma Sentencia que “no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal”<sup>98</sup>. Ha entendido, en todo caso, que las

---

<sup>98</sup> STC 242/1994/2, de 20 de julio. En esta Sentencia, con invocación expresa de los artículos 12 y 13 PIDCP (FJ 5), se concluye que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial sin indefensión del recurrente por no haber celebrado la audiencia prevista en el artículo 21.2 en el que pudiera “formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo

resoluciones que resuelven sobre tal cuestión deben ser motivadas<sup>99</sup>, dado que está en juego la libertad personal.

Ya se ha señalado que el artículo 89 CP ha posibilitado u obligado, en sus distintas formulaciones históricas, a que el órgano judicial pueda sustituir la pena de prisión impuesta a un extranjero en situación irregular (en la versión actual, a ciudadanos extranjeros), por una pena de expulsión del territorio nacional y prohibición de reingreso durante algunos años. También se ha indicado que este precepto es polémico porque puede comprometer el derecho a la vida familiar.

El Tribunal Constitucional ha realizado un cierto control sobre la aplicación del citado precepto legal, si bien se ha centrado más en el derecho a la tutela judicial efectiva que en su eventual incidencia en derechos fundamentales sustantivos. Así, por ejemplo, en el ATC 106/1997/3, de 17 de abril, afirma que la decisión judicial, entonces discrecional, de acordar o no acordar la expulsión del condenado de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.2 CP debe ser motivada<sup>100</sup>.

de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad” (FJ 7).

Por otra parte, el condenado no tiene derecho a que el órgano judicial acuerde la sustitución de la pena de cárcel por la expulsión: “no cabe, en efecto, hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución, y que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio *pro libertate*” (ATC 33/1997/3, de 10 de febrero).

<sup>99</sup> No cumple este requisito la providencia que se limita a señalar que “visto el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal y de conformidad con el mismo, no ha lugar a la expulsión del país solicitada por Kenneth Ronald Gemert en sustitución de la pena impuesta”. No puede aceptarse una motivación por remisión (en sí mismo cuestionable) porque tampoco hay motivación en el citado dictamen (“El Fiscal se opone a lo solicitado”) (STC 203/1997/5, de 25 de noviembre).

<sup>100</sup> Ver, en el plano doctrinal, Izquierdo Escudero, Francisco Javier: “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 1997\5, pp. 1861 ss. En otra relevante resolución, el Tribunal señalará que “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso,

También es interesante la STC 15/2005/5, de 31 de enero. Aunque lo que se cuestiona en ella es si la providencia que deniega la pretensión del recurrente, con apoyo a lo indicado por el Ministerio Fiscal, vulnera, o no el derecho a obtener una resolución judicial motivada, y el Tribunal Constitucional entiende que no, se realiza alguna afirmación añadida que interesa a los fines del presente estudio. Y es que la Sala Segunda parece avalar la afirmación del Ministerio Fiscal de que “la política criminal se ha plasmado en una opción legislativa por la expulsión obligatoria”, sobre cuya corrección declara que no puede pronunciarse. Este asunto tiene lugar, en efecto, cuando la aplicación del artículo 89 CP es imperativa. Y tal carácter sí que puede resultar lesivo en sí mismo considerado, como han entendido los Tribunales europeos arriba examinados, ya que obvia todo control judicial de la medida que no sea puramente formal. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado posteriormente que el artículo 89.1 CP “es susceptible de una evidente interpretación conforme a la Constitución, generalizada en la práctica judicial y en la doctrina”<sup>101</sup>. Con invocación de otras resoluciones previas<sup>102</sup>, el Tribunal Constitucional recuerda que resulta preciso “para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego” “dar audiencia al penado (aunque la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 no la recogiera) para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar”. En línea con lo señalado, estimará en la posterior STC 113/2018/5, de 29 de octubre que se vulnera el derecho de defensa de otro recurrente recordando la necesidad de “abrir un nuevo trámite de alegaciones en

---

en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión” (ATC 132/2006/2, de 4 de abril).

<sup>101</sup> ATC 180/2015/4, de 3 de noviembre. Ver también el ATC 467/2007, de 17 de diciembre.

<sup>102</sup> SSTC 242/1994/6-7, de 20 de julio; 24/2000/4, de 31 de enero, y 140/2009/6, de 15 de junio, FJ 6 y STS de 8 de julio de 2004.

el caso de que las partes y el Ministerio Fiscal sólo se hubieran pronunciado acerca de la medida de expulsión obligatoria para penas superiores a un año de prisión. De esta manera posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estime conveniente”.

Por otra parte, el Tribunal, en la STC 145/2006/4, de 8 de mayo, ampara al recurrente, que se ve afectado por una orden de expulsión cuando, habiendo cumplido más de dos años y medio de condena de los tres impuestos en su día. La decisión judicial se considera irrazonable porque nadie interesó la expulsión del extranjero en situación irregular, pudiendo haberlo hecho, durante el juicio, y porque, además, la nueva redacción del precepto penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, solamente contempla la sustitución de la pena en ejecución si la pena impuesta es superior a seis años, lo que no es el caso<sup>103</sup>.

Al igual que ocurría con la jurisprudencia relacionada con la expulsión administrativa de extranjeros, parece que la aproximación del Tribunal Constitucional al artículo 89 CP se ha realizado, casi siempre, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Debe hacerse notar que el recurrente había hecho valer ante el órgano judicial que “lleva veintiún años de residencia y empadronado en Madrid, que está casado con una mujer de nacionalidad española y que tiene una hija, también española, de diecisiete años”, y que, además, “tiene un buen comportamiento en el centro penitenciario”, y que éste se limita a consultar si tiene residencia legal en nuestro país. Ninguna de estas afirmaciones fue valorada por el órgano judicial, y no se invocó ante el Tribunal Constitucional el derecho a la vida familiar del artículo 18 CE. También se ampara a otro recurrente en la STC 110/2009/3, de 11 de mayo, porque, condenado a una pena de dos años de prisión, se sustituyó ésta por la expulsión en fase de ejecución, lo que solamente era posible, en aquél momento, para condenas superiores a seis años. En aquél momento, “la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España” debía “ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años”. El amparo se vincula, también en este caso, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

<sup>104</sup> “La sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional con prohibición de regreso cuando tal sustitución está prevista en Sentencia ex art. 89.1 del Código penal (CP) ha sido objeto de consideración por este Tribunal. Tal es el caso de las SSTC 15/2005, de 31 de enero, 145/2006,



### ***6.3. La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 cuando su aplicación afecta a menores***

Se ha señalado que existe, en particular, un derecho de los menores a no ser separados de los progenitores de los que dependen afectiva y/o económicamente. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una expulsión de un extranjero puede afectar, así, al derecho a la vida familiar.

No comparte este parecer el Tribunal Constitucional. En la muy relevante STC 186/2013, de 4 de noviembre, se enfrenta frontalmente con esta cuestión. Una ciudadana argentina, G.V.A., impugna ante el Tribunal Constitucional una expulsión decretada al amparo del artículo 89 que conlleva la imposibilidad de regresar durante diez años (rebajados a cinco en sede judicial) al considerar que lesiona el derecho a la intimidad familiar y las libertades de residencia y circulación de ella misma y de su hija española que es menor de edad.

La Sala Segunda afirma que, aunque en principio no se compromete la libertad de residencia y circulación de la menor (a la que no se ha impuesto ningún límite) (FJ 4), esta sí que se ve afectada por la expulsión de su madre (FJ 5). También se ve condicionada la convivencia entre madre e hija, lo que afecta a la protección de la familia (prevista en el artículo 39.1 CE), así como con el deber de los padres de asistir a sus hijos (contemplado en el artículo 39.3 CE). Entiende, en todo caso, que la menor mantendrá un relevante arraigo en España (a través de su padre y abuelos). Algunos Magistrados discrepan de esta posición por entender que son los progenitores “los primeros y principales sujetos llamados a encargarse de los hijos, razón por la cual su deber aparece constitucionalizado” (artículo 39.3 CE).

Tampoco considera la Sala Segunda vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE). Aunque es concedora

---

de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo, que, no obstante, analizan esta cuestión desde la perspectiva de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes en sus propios términos (art. 24.1 CE) y al principio de legalidad penal (art. 25 CE)” (ATC 185/2011/2, de 21 de diciembre, en el que deja sin efecto la providencia de inadmisión del recurso de amparo 3464-2009, y repone las actuaciones al momento anterior).

de que el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía forma parte del derecho a la vida privada del artículo 8.1 CEDH (STEDH Johansen, de 27 de junio de 1996) y que ello puede limitar en ocasiones la aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros (STEDH Dalia, de 19 de febrero de 1988), entiende que tal contenido no está incluido en nuestra Constitución. En efecto, como ya adelantara en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, el artículo 18.1 CE no contiene ni el derecho a la vida familiar ni el derecho a la reagrupación familiar. La alusión a la intimidad familiar recogida en dicho precepto se limita a reclamar un ámbito reservado por el individuo para sí y para su familia (FJ 6). La vida familiar se proyecta, en nuestro ordenamiento constitucional, en los principios que consagran el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1 CE) y de los niños (artículo 39.4), que no pueden ser tutelados a través del recurso de amparo (artículo 53.2 CE) (FJ 7). También algunos Magistrados discrepan de esta opinión.

La recurrente recurrió esta Sentencia de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es probable que la jurisprudencia anterior del Tribunal de Estrasburgo explique que el Reino de España haya optado por llegar a un acuerdo amistoso con la víctima ante una eventual condena que le podría haber sido impuesta. El Gobierno español reconocía la vulneración de los artículos 8 (vida familiar) y 13 (derecho al recurso), dejaba sin efecto la expulsión y prohibición de regreso y acordaba una indemnización de 19.104,73 euros. El Tribunal Europeo, a la vista de dicho acuerdo, decreta el archivo de las actuaciones<sup>105</sup>.

Menor interés presenta la STC 29/2017/5, de 27 de febrero, en la que también se impugna la expulsión de la recurrente, medida adoptada al amparo del artículo 89 en la redacción dada por la LO 5/2010. La medida se adopta porque, “aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o docu-

---

<sup>105</sup> ATEDH (Sección Tercera), de 17 de marzo de 2015 recaído en el asunto G. V.A. c. España (demanda 35765-14), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174230>.

mento similar”. El Tribunal Constitucional considera que esta motivación resulta manifiestamente insuficiente a la vista de las pruebas aportadas en el proceso<sup>106</sup>.

Esta visión restrictiva de la intimidad familiar defendida en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 186/2013, de 4 de noviembre, ha sido reafirmada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el muy relevante ATC 40/2017, de 28 de febrero. El origen de este proceso constitucional está en la invocación en la eventual vulneración del derecho a la intimidad familiar que se produciría por la negativa de aproximar a los presos al lugar de residencia de sus familias que se apoyaría en la unidireccional jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia<sup>107</sup>. Y la mayoría del Pleno se reafirma en la idea de que “el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no son coextensos” (FJ 3).

La mayoría del Pleno considera que “el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y

---

<sup>106</sup> En efecto, “la decisión judicial concernía a una institución en la que, tal como ha reiterado el Tribunal en la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño. En efecto, la afirmación judicial de que no ha quedado demostrado documentalmente la situación de arraigo y la existencia de medios legales de vida contrasta con la realidad incontestada y no negada por las resoluciones judiciales de que se hizo efectiva entrega, se propusieron y se admitieron como prueba en el proceso penal, al menos, la fotocopia del libro de familia de la recurrente, las inscripciones literales del Registro Civil del nacimiento de sus dos hijos menores de edad nacidos en España y de su matrimonio en España, las tarjetas de residencia de sus hijos y marido, y la resolución sobre reconocimiento de alta de su marido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. En ese sentido, la mera afirmación de que no existe acreditación documental, por resultar apodíctica, no satisface las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE de que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este discurso permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión” (FJ 5).

<sup>107</sup> SSTEDH de 25 de julio de 2013 (asunto Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia), de 23 de octubre de 2014 (asunto Vintman c. Ucrania), y de 14 de enero de 2016 (asunto Rodzevillo c. Ucrania).

reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 3)”, ámbito que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar” (FJ 3.a).

Por esta razón no afectan a este derecho fundamental ni la reagrupación familiar de extranjeros (STC 236/2007) ni la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2 CP (que afecta al libre desarrollo de la personalidad, STC 60/2010/8.c, de 7 de octubre). Se reitera que la protección constitucional de la vida familiar no se encuentra en el citado artículo 18.1 CE, sino en los artículos 10.1 (libre desarrollo de la personalidad), 39.1 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 39.4 (protección de los niños) CE, preceptos que no pueden ser invocados a través del recurso de amparo (artículo 53.2 CE). Por estas razones se concluye que la única misión del Tribunal Constitucional en esta materia es supervisar que las decisiones administrativas y/o judiciales que se adopten sean motivadas y ponderen los intereses en juego.

## **7. LA NECESIDAD DE REVISAR EL ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DEL ARTÍCULO 18.1 CE**

En páginas anteriores se ha evidenciado que las autoridades españolas están obligadas, en su actuación diaria, a respetar la vida privada y familiar de los justiciables. En relación con las medidas de expulsión de extranjeros, se ha recordado que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Derecho de la Unión impone que las mismas ponderen su alcance a la luz de diversos criterios. Y que cuando hay menores afectados, la decisión debe proteger su interés superior, y respetar, cuando proceda, su derecho a no ser separados de sus progenitores. Estamos en presencia de un derecho subjetivo que debe ser tutelado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que ese derecho subjetivo no tiene carácter constitucional (léase fundamental) por lo que su incumplimiento solamente puede ser examinado desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución administrativa y/o

judicial motivada. En efecto, el Tribunal señala “que la fundamentación ‘debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio’ (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6)”<sup>108</sup>.

A nuestro entender, nuestro Tribunal Constitucional yerra en esta jurisprudencia, que ha querido subrayar y reafirmar en el citado ATC 40/2017. Creemos que la construcción que hace hoy del derecho fundamental a la intimidad familiar carece de coherencia interna y que debería evolucionar hacia una clara aproximación, sino identificación, entre intimidad familiar y vida familiar.

¿Por qué se afirma que la construcción actual de la intimidad familiar carece de coherencia interna? Porque la jurisprudencia se fundamenta en una premisa que el propio Tribunal Constitucional no ha respetado siempre. La premisa, tantas veces recordada, es que la intimidad ofrece ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Estamos, así, ante la clásica construcción liberal de la intimidad, que impone un deber de abstención en el Estado (y, si se defiende la eficacia horizontal del Derecho, de terceros). En su caso, la dimensión objetiva del derecho fundamental se concretaría en la emisión de normas que impidan las eventuales lesiones que provengan de terceras personas (a través de la previsión de ilícitos, civiles y/o penales, y la depuración de las eventuales responsabilidades).

---

<sup>108</sup> STC 16/2016/6, de 1 de febrero. En este caso concluirá el Tribunal que “la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE” (FJ 10).

Sin embargo, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ya ha alterado la naturaleza del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en su jurisprudencia previa. En efecto, lo ha dejado de entender como un derecho típico de libertad o de abstención, imponiendo en ocasiones obligaciones positivas<sup>109</sup> a los poderes públicos.

Esto ha ocurrido, destacadamente, en la jurisprudencia relacionada con el derecho al silencio o a la paz medioambiental<sup>110</sup>. De forma resumida, el Tribunal entiende que la Administración municipal está obligada a hacer cesar la contaminación medioambiental que una persona pueda sufrir en su domicilio. Adopta este enfoque asumiendo, de forma acrítica, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia (destacadamente en el asunto López Ostra<sup>111</sup>). De esta forma, la protección del medio ambiente y de la salud (previstas en los artículos 45.1 y 43.1 CE) se garantiza mediante la simultánea lesión de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

Hemos discrepado abiertamente de esta construcción en el pasado<sup>112</sup>, por entender, que la misma altera la naturaleza del derecho a la

---

<sup>109</sup> En el VP suscrito por los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré a la STC 186/2013, de 4 de noviembre, se aluden a estas obligaciones positivas, aunque no se recuerda en ella la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional en las que ya han sido tomadas en consideración en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE (punto 6).

<sup>110</sup> Ver las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre.

<sup>111</sup> STEDH de 9 de diciembre de 1994, demanda 16798-90, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62468>. Ver, también, STEDH de 16 de noviembre de 2004, recaída en el asunto Moreno Gómez (demanda 4143-02, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67477>).

<sup>112</sup> En Matia Portilla, Francisco Javier: “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (enero-abril 2012), pp. 355 ss., disponible en <http://alberguweb1.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2015/07/2012-Hay-un-DDDF-al-silencio-separata.pdf>. En este trabajo no solamente se discrepaba del enfoque empleado por el Tribunal Constitucional (la asimilación entre el derecho a la paz medioambiental en el domicilio y los derechos fundamentales recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE), sino también de la respuesta dada al recurrente en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, por separarse abiertamente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia (exigiendo una prueba volumétrica en una vivienda situada en una Zona Acústica Saturada).

intimidad personal y familiar prevista en nuestra Constitución. Es verdad que nuestra Constitución contiene una cláusula de apertura interpretativa en su artículo 10.2, pero hemos razonado que su invocación no permite forzar el contenido y alcance de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos, alterando su naturaleza<sup>113</sup>.

No ocurre esto, sin embargo, en el caso que nos ocupa. Resulta indudable, a nuestro entender, que la familia y los hijos se encuentran directamente concernidos en la noción de intimidad familiar recogida en el artículo 18.1. Se podría asimilar así, en este punto, la idea de intimidad familiar de nuestra Constitución con la de vida familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y es igualmente defendible afirmar que las decisiones que afectan a nuestra familia o nuestros hijos inciden también en nuestra intimidad personal, puesto que ésta “se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen”<sup>114</sup>. En resumen, se puede sostener que las decisiones que inciden en la relación familiar y, especialmente, en el derecho de los hijos a convivir con sus progenitores, afectan al derecho a la intimidad familiar de las personas afectadas y a la intimidad personal de cada una de ellas. No se altera, en este caso, la naturaleza de los derechos fundamentales aludidos porque no se entremezclan con materias (salud, medio ambiente) que guardan mayor relación con otros (integridad física y moral).

El propio Tribunal maneja este mismo enfoque cuando entiende que el derecho a la intimidad personal y familiar se puede ver comprometido al no reconocer el derecho de los padres a disponer de los restos humanos de su hijo para su enterramiento. Sostiene el Alto Tribunal que “a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de

---

Se pronosticaba una nueva condena al Reino de España que tuvo lugar en la relevante STEDH de 16 de enero de 2018, asunto Cuenca Zarzoso, demanda 23383-12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180296>.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 371 ss.

<sup>114</sup> STC 231/1988/4, de 2 de diciembre. Idea reiterada en la STC 190/2013/2, de 18 de noviembre.

Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE<sup>115</sup>. Resulta llamativo que en este caso la Sala Primera no se cuestiona previamente si resulta constitucionalmente posible y adecuada la asunción acrítica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia<sup>116</sup>.

Sí que lo hacen algunos Magistrados en sus Votos Particulares. El Presidente de la Sala y del Tribunal Pérez de los Cobos considera que la Sala ha realizado una “indebida ampliación del ámbito protegido por el art. 18.1 CE”. Y la Magistrada Roca Trías considera que la mayoría “acoge acríticamente los argumentos de las sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en los casos Hadri-Vionnet y Marić sin una justificación sólida que avale la implantación, de un derecho fundamental, que, según nuestra jurisprudencia, parece encontrar mejor acomodo en el art. 10 CE: libre desarrollo de la personalidad”. Recuerda que el derecho a la vida familiar “no se encuentra comprendido en el art. 18.1 CE”.

En todo caso, esta consideración, que es la tradicionalmente asumida por el Tribunal Constitucional, merece ser sometida a reflexión crítica. A la vista de la contundente jurisprudencia de los principales Tribunales europeos se debería reconsiderar la idea de que no compromete nuestra intimidad familiar (acaso, también, la personal) aquéllas decisiones que comprometen seriamente la existencia misma de nuestra vida familiar en supuestos como los examinados en líneas anteriores (especialmente, en el de separación de padres e hijos).

El propio Tribunal Constitucional es consciente de que la STC 11/2016 contempla una visión mucho más generosa de la intimidad familiar que la que se deriva de su restante jurisprudencia. Pero no

---

<sup>115</sup> STC 11/2016/3, de 1 de febrero.

<sup>116</sup> Ver, en especial, las SSTEDH de 14 de febrero de 2008, Hadri-Vionnet c. Suiza (demanda 55525-2000, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85077>) y de 12 de junio de 2014, Marić c. Croacia (demanda 50132-2012, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144681>). Ambas se citan expresamente en la STC 11/2016/2, de 1 de febrero.



resulta acertado que se justifique esta divergencia afirmando que la misma “se atiene a un supuesto singular, sin manifestar una genuina vocación revisora de la doctrina precedente, y sin aseverar en ningún momento que sea procedente reformular el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE mediante la íntegra recepción de la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 8.1 CEDH en todas sus posibles facetas”<sup>117</sup>. Lo que el Tribunal no explica en el ATC 40/2017 es porque en un caso concreto considera oportuno guiarse por una construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no hacerlo en otros supuestos. Aunque puede defenderse (y resulta acertado hacerlo) que no resulta posible realizar una traslación automática y acrítica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, se debería explicar por qué ha sido razonable hacerlo en algunos supuestos (derechos al silencio y a disponer de los restos del hijo) y no en otros.

Tiene razón el Magistrado Xiol Ríos (en su VP al ATC 40/2017, al que se adhieren los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré) cuando afirma que la “renuencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE la convivencia y contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada”<sup>118</sup>. Las decisiones públicas que conllevan el distanciamiento entre miembros de una familia, afectan siempre a la intimidad familiar (también, es posible defenderlo, a la intimidad personal), y si hay menores de por medio, es obvio que también a sus derechos, que merecen una especial tutela por su situación de vulnerabilidad. Entender, por ejemplo, que el derecho a la intimidad familiar de un menor incluye el derecho a no verse separado de sus

---

<sup>117</sup> ATC 40/2017/3, de 28 de febrero.

<sup>118</sup> Del interesante VP conviene recordar la cita de la STC 201/1997, de 25 de noviembre, en la que el Tribunal entiende que el acuerdo del Director de un Centro Penitenciario, confirmado en sede judicial, de prohibir el uso del euskera en la comunicación telefónica semanal que mantiene con su familia vulnera el derecho fundamental a la intimidad familiar. Señala el Magistrado Xiol Ríos que, con tal precedente, resulta chocante que se pueda tachar “de manifiestamente inexistente una lesión de ese derecho cuando se trata de controlar decisiones que afectan a la posibilidad misma de que se mantenga una comunicación personal entre esas mismas personas que mantienen vínculos familiares” (punto 4).

progenitores. Es obvio que tal derecho será, como siempre, limitado y que puede haber supuestos en los que una medida que suponga una separación familiar deberá ser considerada proporcionada (en aras a la defensa de intereses generales o de la propia preservación de su interés superior). No estamos negando tal posibilidad. Lo que sí defendemos es que tal decisión afecta siempre, de manera indubitada, al derecho a la intimidad familiar.

# UNA CLASIFICACIÓN DE LAS SALVAGUARDIAS QUE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH PRESERVAN LA UNIDAD FAMILIAR EN EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Marina Vargas Gómez-Urrutia

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)  
mvargas@der.uned.es*

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preguntamos *quién es la familia* que llega a un Estado parte del CEDH o de la Unión Europea en un proceso de reagrupación familiar y *qué derechos* pueden verse afectados por las resoluciones denegatorias de las autorizaciones concernidas (visados de entrada y autorizaciones residencia) y, eventualmente, por las decisiones administrativas o judiciales de expulsión, tendemos a recordar los casos paradigmáticos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Es cierto que, cuantitativamente hablando, el número de asuntos es escaso pues apenas superan la media docena de sentencias. Sin embargo, la importancia de las situaciones familiares comprometidas en la reagrupación familiar y las relevantes reflexiones del Tribunal de Estrasburgo sobre los límites autorizados al respeto al derecho a la vida en familia en casos de inmigración familiar constituyen un excelente banco de pruebas donde contrastar la *configuración jurisprudencial* de este derecho por el TEDH.

En esta contribución ofrecemos *una* sistematización de las salvaguardias de la unidad familiar a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo. Pudiera parecer pretencioso hablar de *sistematización* cuando

hemos señalado que los casos del TEDH no son muy numerosos. En defensa de su posibilidad –y acaso también de su utilidad para los prácticos del derecho– apelamos a la clarificación de los *estándares de protección de la familia* que este grupo de sentencias ofrece, así como a la misma *noción de familia* que se contempla a los fines de reagrupación. Cuestiones ambas que deberían servir de parámetros interpretativo en la creación de las normas por el legislador europeo e interno y su interpretación por los tribunales concernidos (TJUE y nacionales).

Nuestra propuesta de clasificación toma como parámetro de contraste las sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar en supuestos de reagrupación y las sentencias que protegen la unidad familiar en la reagrupación, tomando en consideración el factor de la integración en el país de acogida. Previamente, se ofrecerá el marco normativo internacional donde situar los estándares básicos de protección<sup>1</sup>.

## 2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: PLURALIDAD DE FUENTES Y DE NORMAS

Los instrumentos normativos internacionales, convencionales y de la Unión Europea que a la luz de la protección de la “familia” como el elemento natural y fundamental de la sociedad (ex. art. 16.3 DUDH) han reconocido el derecho a respeto a la vida privada y familiar son numerosos y diversos<sup>2</sup>. Por su origen (fuente de producción normati-

---

<sup>1</sup> Seguimos nuestro esquema de nuestros trabajos anteriores, en particular, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *Reagrupación familiar de los extranjeros en España*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 37 ss y 73 ss; *Id.* “De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”. *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*. Marcial Pons. Madrid. (2007), pp. 581-599.

<sup>2</sup> Art. 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

va) y por su alcance material (régimenes de protección) esta normativa resulta muy compleja y de difícil aplicación práctica. En un intento de sistematización proponemos una clasificación de las normas atendiendo al sistema al que pertenecen. Distinguimos cuatro grupos o sistemas en los que el derecho a la reagrupación familiar es reconocido de modo directo o bien como mecanismo para lograr la protección de la vida social y jurídica de la persona y en particular la protección de la familia por parte del Estado de acogida.

### ***2.1. Respeto a la vida privada y familiar en el Derecho internacional de los derechos humanos: omisiones y menciones expresas a la reagrupación familiar***

En el *sistema convencional universal de los derechos humanos*, junto al impulso universalizador de la DUDH, coexiste un conjunto de tratados internacionales de carácter sectorial que han consagrado derechos respecto de personas o grupos concretos de personas. Aunque por definición estas personas están incluidas en los textos internacionales de carácter general y universal, su especial situación de vulnerabilidad en la sociedad hace que precisen de una especial atención. En la *Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo Social, de 11 de diciembre de 1969*<sup>3</sup>, se puso de relieve que la reagrupación familiar forma parte del estatuto jurídico de los trabajadores migratorios y que su tratamiento habría de enmarcarse en las acciones nacionales e internacionales de carácter social, en concreto en la esfera de los Convenios de la de la Organización Internacional del Trabajo y del Consejo de Europa.

El *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 97, sobre los trabajadores migrantes*<sup>4</sup> tiene por objeto el reclutamiento, colocación y establecimiento de condiciones de trabajo de los trabajadores emigrantes, tanto los contratados como los no contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebradas bajo control gubernamental. No establece disposición alguna en materia de reagrupación familiar, a diferencia del *Convenio 143 de 24*

---

<sup>3</sup> Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

<sup>4</sup> BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967. Vigencia para España: 21.3.1967.

*de junio de 1975, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*<sup>5</sup>, que dispone en su artículo 13.1 que “Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio”.

En el ámbito de Naciones Unidas, ya en 1987 se estableció un texto sobre los *Principios normativos para las políticas y los programas de bienestar social para el desarrollo en un futuro próximo y medidas complementarias de la Consulta interregional sobre políticas y programas de bienestar social para el desarrollo*<sup>6</sup>. En esta Consulta se instaba a los Estados a promover políticas de bienestar social en general y a permitir la reunificación de las familias como una necesidad para su integración en la sociedad de acogida. El fruto más importante fue la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990*<sup>7</sup>. La protección de la unidad familiar en este importante texto solo alcanza a los trabajadores migrantes y a sus familiares (con exclusión de los funcionarios internacionales, los cooperantes internacionales, los inversionistas, los refugiados y apátridas y los estudiantes y las personas que reciban capacitación en otro Estado, términos definidos expresamente). La noción de trabajador migrante o migratorio viene definida en el artículo 2 como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” e incluye de modo expreso a los trabajadores fronterizos, a los de temporada, a los marinos y a los que trabajan en plataformas en el mar, a los itinerantes, a los incluidos en un proyecto, a los que cuentan con un empleo concreto y a los trabajadores por cuenta propia. La definición de familia a los fines de la Convención únicamente incluye al cónyuge del trabajador emigrante, así como a aquellas personas que mantengan con él una relación que, de conformidad con el derecho nacional del Estado de recepción,

---

<sup>5</sup> España no ha firmado esta Convención.

<sup>6</sup> Resolución 44/65, de 8 de diciembre de 1989.

<sup>7</sup> Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. España no ha firmado esta Convención.

produzca efectos equivalentes al matrimonio, a los hijos a cargo y a otras personas que las legislaciones de los Estados parte reconozcan como familiares, bien en virtud del derecho de fuente interna bien mediante acuerdos bilaterales o multilaterales (art. 4). En relación a los derechos, la Convención distingue entre derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares con independencia de su situación regular o irregular en el territorio (arts. 8 a 24) y derechos que únicamente se reconocen a los trabajadores migratorios y a sus familiares que estén en situación regular o documentados (arts. 36 a 56). En este último grupo se encuentra la reagrupación familiar (art. 44.2) reconocida como un derecho basado en la protección de la unidad de la familia. Para el aseguramiento de este derecho fundamental es preciso que los Estados tomen medidas que faciliten la reunión de los trabajadores migratorios “*con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo*”.

El segundo texto legal relevante en el ámbito de las Naciones Unidas es la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989*<sup>8</sup>, cuyo Preámbulo establece que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. La Convención limita su ámbito de aplicación personal a todo menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1). Estipula que los Estados velarán por que el niño no esté separado de sus padres (art. 9) y, de conformidad con esta obligación, se establece que incumbe a los Estados Partes atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o salir de él a

---

<sup>8</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Véase sobre esta Convención, MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo: “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño”, *Act. Civ.* Núm. 3 (1991), pp. 525-538.

los efectos de la reunión de la familia (art. 10). En todas las decisiones que se refieran al niño, la consideración primordial debe ser el interés superior de éste (art. 3.1). El texto convencional no recoge un derecho de entrada a título de reagrupación familiar ni la autorización de residencia de modo estable del menor en el país donde reside el progenitor o progenitores, aunque sí puede derivarse de su texto el *derecho de visita o de mantener relaciones periódicas con uno o ambos progenitores cuando el niño esté separado de sus padres* (art. 9.3), lo que implicaría la obligación del Estado de otorgar un visado de entrada tanto al menor como a la persona adulta que lo acompañe (art. 10.1).

## 2.2. *Fundamentos de la reagrupación familiar en el sistema convencional europeo*

En el *sistema convencional europeo* son tres instrumentos los que se comprometen con el respeto a la vida en familia del trabajador migrante: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>9</sup> (art. 8), la Carta Social Europea<sup>10</sup> (art. 16); y el Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante<sup>11</sup> (art. 12).

Respecto del art. 8 del *Convenio Europeo de los Derechos Humanos* es el precepto cuya interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo en supuestos de reagrupación familiar sirve base para esta contribución. Baste con señalar en este momento que toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante es titular de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, aun cuando sean nacionales de Estados no miembros del Consejo de Europa<sup>12</sup>. En este sentido, la negativa del Estado parte del Convenio a admitir a un ex-

---

<sup>9</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>10</sup> BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

<sup>11</sup> BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

<sup>12</sup> El artículo 14 del Convenio, prohíbe toda discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por el Convenio basada en el origen nacional, salvo los derechos civiles y políticos vinculados directamente con la nacionalidad. *Vid.*, STEDH Asunto Gaygusuz c. Austria, de 16 septiembre 1996. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado el Convenio como un “instrumento constitucional del orden público europeo”.



trajero en su territorio por aplicación de las normas nacionales en materia de inmigración cae en el ámbito del artículo 8 del CEDH<sup>13</sup>.

En relación con la *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961<sup>14</sup>, reconoce el derecho de los trabajadores emigrantes nacionales de las Partes Contratantes y sus familias a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra Parte Contratante (art. 19). Los Estados Contratantes quedan obligados a garantizar su ejercicio efectivo y a tal fin se comprometen “a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio” (apartado 6). En estos términos, el compromiso que los Estados adquieren es limitado (“facilitar en lo posible”) y permite un margen amplio de maniobra por razones de orden público y de protección de sus principios socioeconómicos<sup>15</sup>.

Por su parte, el artículo 12 del *Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante de 24 de noviembre de 1977*<sup>16</sup> dedica seis incisos a la reagrupación familiar. El citado precepto no admite reservas (art. 36). Se consagra el derecho de los miembros de la familia del trabajador emigrante a recibir una autorización para reunirse con éste en el territorio del Estado donde esté empleado. Ahora bien, su ámbito de aplicación personal presenta varias limitaciones, acaso la más importante sea la referida a los titulares del derecho, pues únicamente se aplica a trabajadores asalariados residentes en el Estado de acogida que sean nacionales de otro Estado Contratante. En relación con la noción de familia sólo alcanza al cónyuge y a los hijos no casados mientras se les considere como menores por la legislación nacional del Estado de empleo y dependan del “padre” (una interpretación del precepto ha entendido tanto el padre como la madre). En cuanto a las condiciones materiales, los Estados Contra-

---

<sup>13</sup> Entre otras, SSTEDH en los Asuntos: Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 mayo 1995; Gül c. Suiza, de 19 febrero 1996; Ahmut c. Países Bajos, de 28 noviembre 1996; *en c.* Países Bajos de 21 diciembre 2001; y Tuquabo-Tekle c. Países Bajos, de 1 diciembre 2005.

<sup>14</sup> BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

<sup>15</sup> De los primeros comentarios en España los realiza GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL: “The right to family reunification in the Spanish law system”. *Spanish Yearbook of International Law*. Núm. 7 (1999) pp. 1-37.

<sup>16</sup> BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

tantes pueden supeditar la autorización de residencia familiar a que el trabajador emigrante disponga de una vivienda para su familia considerada como normal para los trabajadores de la región donde esté empleado y acredite recursos estables para subvenir las necesidades de la familia. Pueden someter la autorización a un plazo de espera no superior a 12 meses y, en circunstancias excepcionales, suspender temporalmente la obligación de autorizar la reagrupación familiar en una o varias partes del territorio.

Es preciso destacar, por último, la *Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas a título de reagrupación familiar*, adoptada el 26 de marzo de 2002, que tiene por objeto fijar unos principios comunes en la materia y a tal fin recuerda que los derechos reconocidos a los miembros de la familia constituyen los elementos esenciales que facilitan la integración de los recién llegados en la sociedad de acogida y que la salvaguarda de la unidad familiar es un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

### ***2.3. Fundamentos de la reagrupación familiar en el Derecho de la Unión Europea***

La *Unión Europea* se ha ocupado en buena medida de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en dos grandes bloques normativos: las normas relacionadas con la libre circulación de los ciudadanos europeos (Directiva 2004/38/CE, de 29/04/2004<sup>17</sup>); y, las normas relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Directiva 2003/86/CE, de 22/09/2003<sup>18</sup>). Sin olvidar la solemne pro-

---

<sup>17</sup> Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. DOUE L 158, de 30 de abril de 2004.

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión véase VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 10-2. (2018), pp. 732-751. Sobre la Directiva y los derechos fundamentales, IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara: “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJUE”. *Revisita de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 26 (2007), pp. 125-153.

clamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyo artículo 7 reconoce el derecho de toda persona a su vida privada y familiar señalando que sus límites se corresponden con el derecho garantizado por el art. 8 CEDH “con el mismo alcance” que ha dado el Tribunal de Estrasburgo (art. 52.3)<sup>19</sup>.

La *Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, reconoce que el ejercicio en condiciones objetivas de libertad y dignidad del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros debe serle también reconocido a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, e incluye a la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio (Considerando 5). En este sentido, cuando los miembros de la familia no nacionales de un Estado miembro sean titulares de una tarjeta de residencia (expedida por otro Estado miembro), estarán exentos de la obligación de visado de entrada. Ahora bien, el derecho de residencia de estas personas, cuando sea superior a tres meses, no puede ser restringido por los Estados miembros en virtud de requisitos que constituyan un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de su familia (Considerando 14). Finalmente, por lo que hace a la conservación de la residencia de los miembros de la familia, la Directiva señala las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar su derecho de residencia, a título exclusivamente personal, en casos de fallecimiento del ciudadano de

---

<sup>19</sup> DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010. Las Explicaciones que acompañan a la Carta afirman que los límites permitidos al derecho de la vida privada y familiar, según el artículo 8.2 del CEDH, son de aplicación al derecho reconocido en el artículo 7 de la Carta. Dichas Explicaciones hacen hincapié en que el mencionado derecho es considerado como un derecho fundamental clásico del Derecho internacional, que garantiza la protección de la persona contra injerencias de las autoridades públicas en la esfera privada. Estas injerencias son toleradas únicamente en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias para el mantenimiento del orden público. *Vid.*, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”. *El derecho de familia ante el siglo XXI* (A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos, Dirs.). Colex. Madrid. (2004), pp. 819-843.

la Unión o de divorcio o anulación del matrimonio o de una unión de hecho registrada. Todo ello para respetar la vida familiar y la dignidad humana (Considerando 15).

La *Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar* recuerda, con el fin de garantizar la protección de la familia, que esta norma respeta de los derechos fundamentales mencionando el artículo 8 del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Su objetivo es establecer para los Estados miembros las condiciones en que debe ejercerse en derecho a la reagrupación familiar “del que disponen los nacionales de terceros países”. Por consiguiente, la Directiva no discute la existencia de este derecho, sino que lo presupone y establece el modo en que los Estados miembros han de reconocerlo y regularlo, sin vulnerar el derecho a la vida en familia (art. 8 CEDH). No es ocioso señalar que en los trabajos preparatorios fue tenazmente discutido el objetivo mismo de la Directiva. Si regular el derecho a la reagrupación o regular las condiciones para la reagrupación familiar no fue cuestión pacífica. Primó la segunda perspectiva. Bien es cierto que el reenfoque del objeto (establecimiento de condiciones en las cuales se ejerce el derecho) no deja lugar a dudas de que estamos ante un auténtico derecho subjetivo cuyos titulares son los nacionales de terceros países “residentes legales” en los Estados miembros de la Unión Europea (con las salvedades de Reino Unido, Dinamarca e Irlanda). De la Directiva interesa destacar en este momento que la obligación precisa para los Estados miembros de autorizar la entrada y residencia, a efectos de reagrupación familiar, de determinados miembros de la familia (art. 4) fue confirmada en Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-540/03 (Cdo. 60). Desde esta perspectiva, es preciso concluir que la diferencia más relevante entre la jurisprudencia del TEDH y la del TJUE es la discrecionalidad a favor de las autoridades nacionales. Mientras que la interpretación del TJUE en casos en que se cuestione la contrariedad de una medida nacional con la normativa europea sobre reagrupación no se pondría en tela de juicio la existencia de un verdadero derecho subjetivo a entrar en el territorio y obtener un permiso de residencia (una acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas (Directiva 2003/86 y transposición a los ordenamientos nacionales), la interpretación del TEDH se inspira en la “discrecionalidad” de los Estados miembros y

el margen de apreciación amplio de que disponen para la valoración del respeto a la vida familiar en supuestos de reagrupación.

#### ***2.4. Incorporación de la protección internacional de la vida en familia en la reagrupación familiar en el Derecho español de extranjería***

En el nivel interno español, la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) ha establecido el derecho a la reagrupación familiar en el Capítulo II del Título I sobre los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Señalando, bajo la rúbrica “Derecho a la intimidad familiar” que “los extranjeros residentes tienen *derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar* en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España” (art. 16.1)<sup>20</sup>. Es decir, bajo la misma rúbrica, une (en su párrafo primero) vida en familia e intimidad familiar a la que tienen derecho los extranjeros residentes en la forma prevista en la Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados suscritos por España y separa (en el segundo párrafo) el derecho a la reagrupación familiar, cuyo régimen jurídico es precisamente el que desarrolla en el resto

---

<sup>20</sup> En España, el régimen jurídico de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y en los artículos 52 a 61 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEx). Además, han de tomarse en consideración las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración. En particular, la relativa a la reagrupación familiar de menores e incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal (DGI/SGRJ/01/2008); la que aclara la situación del acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles o residentes extranjeros basado en el documento denominado “kafala” (DGI/SGRJ/06/2007); la que indica la acreditación de la disposición de vivienda adecuada en los procedimientos administrativos de reagrupación familiar (DGI/SGRJ/04/2011); la relativa a la constancia del informe gubernativo previo en los expedientes de autorización de residencia y en particular el del art. 53.1.i). RLOEx (DGI/SGRJ/09/2008); la relativa a la aportación de documentos extranjeros en los procedimientos en materia de extranjería (DGI/SGRJ/06/2008).

del Capítulo II (arts. 16.3, 17, 18 y 19)<sup>21</sup>. La sistemática del precepto dio lugar en nuestro país a una discusión acerca de su correcto encaje constitucional. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía entendiendo desde tiempo atrás que las decisiones denegatorias del visado por reagrupación familiar no quedaban cubiertas por el artículo 18.1 CE. Entendía, pues, que estas situaciones no afectan a la intimidad familiar. Ahora bien, por otro lado, dada la rúbrica del precepto, ¿se podría *caracterizar el derecho a reagrupar como un derecho de residencia de carácter fundamental emanado directamente del derecho (fundamental) a la intimidad familiar?*<sup>22</sup>. El Tribunal Constitucional tiene establecido que hay que distinguir entre la vida en familia y la intimidad familiar. Para esta distinción se basa en las diferencias respecto al bien jurídico protegido. Y así, la intimidad familiar únicamente protege el poder del individuo de resguardar un ámbito de privacidad, reservado para sí y su familia, inmune frente a la publicidad no querida<sup>23</sup>. En consecuencia, la STC 186/2013, de 4 de noviembre, sostiene que la expulsión no supone una injerencia o intromisión en la intimidad familiar (artículo 18.1 CE), sino en los principios constitucionales de protección de la familia (artículo 39.1 CE) y del niño (artículo 39.4 CE). Esto conlleva un claro límite a la posibilidad de que el Tribunal Consti-

---

<sup>21</sup> Vid., ABARCA JUNCO, Ana Paloma / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA; Marina: “Capítulo II- Reagrupación Familiar (Artículos 16 a 19)”. *Comentarios a la Ley de Extranjería* (C. Esplugues Mota, Dir). Tirant lo Blanch. Valencia. (2006), pp. 417-522.

<sup>22</sup> Recordemos que la Constitución española de 1978 establece el marco de configuración legal y los parámetros hermenéuticos de la reglamentación relativa a los derechos de que gozan los extranjeros en nuestro país. El artículo 13.1 CE dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Por su parte, el artículo 10.2 CE fija el parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución, al señalar que “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>23</sup> Tesis defendida por SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch. Valencia. (2004), pp. 16-27. Véanse las STC 236/2007, de 7 de noviembre y la previa STS de 24 abril 1999 (Recurso de Casación núm. 8047/1994). Posteriormente, el Auto TC 40/2017.

tucional revise a través del recurso de amparo las resoluciones de los tribunales ordinarios<sup>24</sup>.

Examinar el derecho a la vida familiar de los extranjeros, configurado en la Ley de extranjería, y los interrogantes de su fundamento constitucional va mucho más allá del objeto de este trabajo. Baste con insistir en que “una hermenéutica que otorgue relevancia constitucional a los valores inherentes a la reagrupación familiar, en concreto a la exigencia del extranjero de ver favorecida la integración de la célula familiar en el país elegido como lugar de residencia es, a nuestro juicio, la óptica que mejor aúna el respeto al principio constitucional de protección de la familia extranjera del extranjero que reside en España y su vida familiar” (art. 39.1 CE)<sup>25</sup>.

Conviene, sin embargo, recordar la función que el artículo 39 CE cumple en nuestro sistema constitucional. El TC ha reiterado que el sentido de esta norma constitucional “está ligado a imperativos derivados del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho (arts. 1.1 y 9.1 CE) y a la atención a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. Por ello, el TC afirma que “en una sociedad plural como la nuestra, no sea posible interpretar en términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo precepto”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Como expresa I. GARCÍA VITORIA “(...) la Sentencia tiene un voto particular, que formulan los Magistrados doña Adela Asúa Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré, en el que se defiende la conexión en la interpretación de los artículos 18 y 39 de la Constitución, como una forma de adecuar la garantía constitucional al contenido mínimo que protege el Convenio Europeo. Se alude a la condena a la Sentencia del Tribunal Europeo en el caso *K.A.B. contra España*, de 10 de abril de 2012. La identificación entre vida familiar e intimidad familiar ha sido mantenida en la STSJ Madrid núm. 25/2013 de 11 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), donde se afirma que “debe tenerse en cuenta que el derecho a la protección de la vida familiar goza de protección constitucional (ex artículo 18.1 de la Norma Fundamental)”. Sobre esta cuestión GARCÍA VITORIA, Ignacio: “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes”. *Revista General de Derecho Constitucional*. Núm. 20. (2015) (nota 56).

<sup>25</sup> ABARCA JUNCO, Ana Paloma / VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *op.cit.*

<sup>26</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, *op. cit.*, p. 110. Opinión que toma asiento en los trabajos del profesor

Desde esta óptica, cabe concluir que la protección de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE permitiría la invocación por parte de los órganos judiciales de la valoración de las circunstancias que rodean la reagrupación familiar de los extranjeros asentados en nuestro territorio y de los valores familiares que los poderes públicos están obligados a proteger; valores que han recibido explícita concreción constitucional y gozan de la primacía que corresponde a la Constitución. Como ha señalado I. GUTIÉRREZ, “una interpretación del derecho a reagrupar de los extranjeros que considere de forma más dinámica la protección constitucional de la vida en familia—sin forzar el contenido constitucional del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE— no puede pasar por alto la transformación de la realidad española que ha convertido a nuestro país en un Estado receptor de inmigración”. En efecto, la interpretación de la Constitución se desenvuelve en el tiempo al calor de los nuevos problemas que deben ser resueltos mediante las normas constitucionales y atendiendo a las nuevas realidades sociales que le corresponde ordenar. Una hermenéutica acorde con los valores debería permitir la ponderación de esta nueva realidad social y la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional, como materia constitucional. De acuerdo con este planteamiento, una adecuación entre el derecho subjetivo del extranjero a reagrupar a su familia y el interés del Estado en aplicar su política de control de la inmigración debería atribuir relevancia constitucional a los vínculos concretos que puedan tener los extranjeros con la comunidad de acogida. La residencia efectiva del extranjero hace que estos vínculos se fortalezcan y, por lo tanto, merezcan una creciente protección constitucional<sup>27</sup>. En este sentido, aunque la reagrupación familiar se vincule a la protección de la vida familiar encomendada a los poderes públicos por el artículo 39.1 CE, éstos deberían tomar en cuenta, como materia con relevancia constitucional, las exigencias que se derivan de la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional y ponderar la prioridad de ver favorecida su integración en el país de acogida como valores ínsitos en el carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho.

---

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 11 ss.



### 3. SALVAGUARDIAS DE LA UNIDAD FAMILIAR EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: UNA CLASIFICACIÓN

Con carácter general, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera el Tribunal que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar, como a la inmigración, y que el alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del extranjero establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. El Tribunal ha establecido que, conforme a las normas del Derecho internacional, y sin perjuicio de las obligaciones que se deriven de los convenios internacionales, los Estados tienen el derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y, al hacerlo, disponen de una amplia facultad discrecional<sup>28</sup>, como ya había indicado la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>29</sup>.

En relación con la naturaleza de la obligación de respeto de la vida familiar, la doctrina ha afirmado que los derechos protegidos por el artículo 8 CEDH pertenecen al grupo de los *qualified rights* (limitados o restringidos) que recogen una libertad específica cuyo ámbito puede ser limitado por un número de causas, taxativamente enumeradas en el párrafo 2 del correspondiente artículo; categoría

---

<sup>28</sup> URBANO DE SOUSA, Constança : “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”. *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam* (Julien-Laferriere, F., Labaye, H. y Edström, Ö., dirs.). Bruylant. Bruxelles. (2005), pp. 127-140.

<sup>29</sup> Petición núm. 33639/96, caso Cheema c. Francia, que dio lugar a la Resolución del Consejo de Ministros (Res. 32) de 14 febrero 2000, basada en el Rapport emitido por la Comisión DH de 21 marzo 1999. En este asunto, el requirente, nacional marroquí y casado con una nacional hindú, había solicitado la reagrupación familiar de su esposa que le fue denegada por no cumplir los requisitos que, a la sazón, imponía la legislación francesa (acreditación de medios económicos y vivienda adecuada). La Comisión entendió que se había violado el artículo 8 del Convenio, tras reparar en el rigor con que las autoridades administrativas francesas habían valorado los requisitos legales de carácter material para denegar la reagrupación.

considerada como un *tertium genus* entre los llamados *absolute rights* (inderogables en toda circunstancia) y los *minimum rights* (de estándar mínimo). Ahora bien, las reservas o limitaciones susceptibles de aplicarse deben estar previstas por la ley, han de ser justificadas por uno de los fines expresamente reconocidos en el Convenio y exigen la prueba de su necesidad en una sociedad democrática. En cualquier caso, toda restricción ha de ser conforme con la cláusula de no discriminación y responder a un fin social imperioso, debiendo existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido<sup>30</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia de Estrasburgo ha erigido el derecho al respeto a la vida privada y familiar en uno de los bienes jurídicos a ponderar en el momento de adoptar una decisión de expulsión o deportación de extranjeros y/o de rechazo a su admisión en el territorio. La cuestión o problema delicado que se plantea consiste en saber el alcance de las restricciones a la libertad de acción de los Estados; a tal fin el Tribunal suele recordar, como en la STEDH de 11 de junio de 2000, caso Jabari c. Turquía, que “los Estados contratantes tienen el derecho, como cuestión muy arraigada en el Derecho Internacional y sujeta al cumplimiento de sus obligaciones convencionales, incluido el Convenio, de controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros”<sup>31</sup>.

En su proceder, el Tribunal, cuando se enfrenta a los casos en los que se alega violación del derecho al respeto de la vida familiar, constata si de las circunstancias presentes en el supuesto puede determinarse la existencia de una vida privada y familiar en el sentido del artículo 8.1 del CEDH. Es decir, resolver la aplicabilidad del artículo 8 a los hechos del caso. Una vez realizada esta labor, procede a examinar el cumplimiento de dicho artículo, es decir, si se ha producido una falta de respeto (art. 8.1) o una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes (art. 8.2).

---

<sup>30</sup> LAMBERT, Hebert : *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. Conseil de l'Europe. Dossiers sur les droits de l'homme. Núm. 8 (révisé). Strasbourg, 2001.

<sup>31</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, *op. cit.*, p. 81.

### 3.1. *Sentencias que concretan cuándo se produce una injerencia injustificada en el derecho al respeto a de la vida familiar*

De los casos planteados hasta la fecha por demandantes extranjeros, pueden extraerse dos requisitos que, según la jurisprudencia de Estrasburgo, son necesarios para afirmar que estamos ante una vida familiar susceptible de la protección del artículo 8 CEDH: en primer lugar, la vida familiar ha de ser lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva”; y, en segundo lugar, debe tratarse de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio<sup>32</sup>.

Respecto del carácter real de la vida familiar, cuestión esencialmente de hecho, se ha planteado el problema de la veracidad de los vínculos familiares y el Tribunal no ha dudado en inadmitir la demanda cuando el establecimiento de tales vínculos se hubiere realizado de modo fraudulento (STEDH de 28 noviembre 1996, caso *Nsona c. Países Bajos*). También ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>33</sup> se plantearon casos en los que existían dudas sobre la autenticidad del vínculo familiar alegado para la entrada en el territorio. Para dicha Comisión, la verificación de la autenticidad de estas relaciones era compatible con el respeto de la vida familiar<sup>34</sup>.

En cuanto al test de la efectividad, el Tribunal ha señalado que no basta con la existencia del vínculo familiar sino que éste debe ser el “fundamento de una efectiva vida familiar, correspondiendo al de-

---

<sup>32</sup> *Idem*, pp. 39 ss.

<sup>33</sup> Antes de la entrada en vigor del Protocolo de Enmienda núm. 11, la Comisión Europea de Derechos Humanos podía conocer de demandas de un Estado parte contra otro o de demandas deducidas por particulares. En el primer caso su competencia era obligatoria; y, en el segundo, facultativa u opcional. La Comisión decidía acerca de la admisibilidad de las demandas, establecía los hechos, contribuía a un posible acuerdo amistoso y, en su caso, emitía una opinión acerca de si hubo o no violación del Convenio; opinión que remitía al Comité de Ministros. Sobre la evolución del mecanismo de protección jurisdiccional y el nuevo mecanismo y sus problemas, *vid.* CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 2003, pp. 39-87.

<sup>34</sup> Decisión sobre admisibilidad núm. 8378/78, caso *Kamal c. Reino Unido*, de 13 diciembre 1979, (*Decisions and Reports* vol. 20, 1980, p. 168).

mandante su prueba” (STEDH de 18 febrero 1991, caso *Moustaquim c. Bélgica*). La aplicación de este test se encuentra en tempranas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>35</sup> que fijó como criterios principales la cohabitación y la dependencia económica. En consecuencia, la prueba de una reciente cohabitación y de la dependencia (económica) servía de base a la Comisión para fundamentar una efectiva vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH<sup>36</sup>.

Pero, además de los vínculos jurídicos de parentesco, la vida en familia también alcanza a los vínculos afectivos y sociales; dimensión de la vida familiar que ha sido analizada a la luz de la vida privada<sup>37</sup>. El Tribunal ha considerado que la vida privada engloba el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes en el lugar donde reside, tanto en el ámbito profesional como en el comercial, de tal suerte que estos elementos han de ser tomados en consideración como integrantes de la noción vida en familia (STEDH de 7 agosto 1996, caso *C. c. Bélgica*).

La preexistencia de una vida familiar, en casos en que se discutía la expulsión de extranjeros, ha sido objeto de análisis en numerosas sentencias del TEDH. A partir de la STEDH de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab c. Países Bajos*, el Tribunal ha ido elaborando una línea jurisprudencial en la que ha analizado, por ejemplo, el momento en que ha de tomarse en cuenta la existencia de la vida familiar, entendiendo que basta con que la vida en familia exista con anterioridad a la adopción de la medida (de expulsión) por parte del Estado para

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, en la Decisión núm. 2992/66, caso *Alam, Khan y Singh c. Reino Unido*, de 15 julio 1967 (Anuario núm. 10, p. 483), se consideró que el vínculo entre un padre viudo y su hijo mayor de edad no era constitutivo de vida familiar al haber estado ambos separados durante un largo periodo de tiempo; aproximación consolidada posteriormente respecto de una hija adulta y sus padres al tener en cuenta que la demandante estaba casada, trabajaba y vivía con su marido y sus hijos y no dependía económicamente de sus padres ni éstos de ella (caso *Familia Fadele*).

<sup>36</sup> Idea que sostiene *ARRIAGA IRABURU, Inés: El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Eunsa. Pamplona. 2003, p. 86 y la jurisprudencia ahí citada.

<sup>37</sup> *LEZERTÚA, Manuel: “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar* (López Ortega, J.J., Dir.). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996, pp. 49-98.

que se produzca la injerencia, aunque en el momento en que se lleve a cabo la medida concreta tal vida familiar no exista de facto, pues la evolución posterior de la vida familiar no debe ser tenida en cuenta a estos efectos (STEDH de 22 enero 1997, caso Bouchelkia c. Francia<sup>38</sup>).

En relación con *la familia* no existe un concepto convencionalmente establecido. Con carácter general, el Tribunal mantiene una noción amplia de vida familiar como se pone de manifiesto en la aproximación al concepto que realizó en la STEDH de 13 de junio de 1979, caso MARCKX c. Bélgica<sup>39</sup>. Sin embargo, las condiciones requeridas en supuestos de admisión (incluida la reagrupación familiar) y de expulsión de extranjeros hacen que la noción “familia” adquiera perfiles propios en las medidas que los Estados parte adopten en el ámbito de la inmigración<sup>40</sup>. Este criterio ha sido matizado respecto de expulsiones de inmigrantes de segunda generación y en atención a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STEDH de 24 de abril

---

<sup>38</sup> En esta sentencia el Tribunal señaló que era en la fecha de adopción de la orden de expulsión donde debía situarse para examinar la cuestión de saber si el demandante tenía una vida familiar y consideró que, al haber fundado su propia familia con posterioridad a la medida de expulsión, dichos vínculos no habrían de tomarse en cuenta. Lo que parece ser un esfuerzo consciente del Tribunal para evitar la creación de una vida familiar posterior a la orden de expulsión, que impida su ejecución. Sin embargo, sí tuvo en cuenta los vínculos que el demandado mantenía con su familia de origen, todos ellos residentes en Francia. En el mismo sentido, las SSTEDH de 21 octubre 1997, caso Boujilfa c. Francia; y de 30 noviembre 1999, caso Bahgli c. Francia; casoo Radovanovic c. Austria, de 22 abril 2004 y caso Sezen c. Países Bajos de 31 enero 2006.

<sup>39</sup> La vida familiar de los padres con sus hijos no depende de la existencia de matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. *Mutatis mutandi* las SS. de 26 mayo 1994, caso Keegan c. Irlanda; de 28 octubre 1998, caso Söderbaäck c. Suecia; y de 13 julio 2000, caso Elsholz c. Alemania. Incluso, no depende del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, de 31 enero 2006. Un resumen sobre el concepto de vida privada y familiar y reagrupación familiar en la jurisprudencia del TEDH y el TJUE puede verse en *Manual Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 140.

<sup>40</sup> ARRIAGA IRABURU, Inés : *El derecho a la vida familiar...*, *op cit.*, esp. pp. 83 ss. Y, SAROLEA, Sylvie : “De Luxembourg à Strasbourg: quelle famille pour l'étranger?”, *Revue de Droit Européen*. Spécial : “Le regroupement familial. A la croisée des droits belge et européen. Hommage à Mylène Nys”, Núm. 125 (2003), pp. 547-558, esp. pp. 550-556.

de 1996, caso Boughanemi c. Francia, se había iniciado una relación familiar de pareja con una nacional francesa, posterior a la orden de expulsión, reconociéndose a un hijo fruto de dicha relación. El Tribunal afirmó que “las circunstancias excepcionales que deben darse para romper el vínculo entre un padre y su hijo menor de edad no se daban en el caso en cuestión, por lo que dicho vínculo era constitutivo de vida familiar entre ellos”. Criterio que también se ha seguido en la STEDH de 19 de febrero de 1998, caso Dalia c. Francia en el cual, el nacimiento del hijo de la demandante se había producido después de la medida de prohibición de entrada y antes de su ejecución; situación que no impidió al Tribunal establecer la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio.

### ***3.2. Sentencias que toman en consideración la integración en el país de acogida como parte del contenido de a la vida familiar***

La reagrupación familiar ha sido resuelta por el TEDH en varios asuntos paradigmáticos cuyas directrices han sido ampliamente comentadas por la doctrina<sup>41</sup>. El caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido (STEDH de 28 mayo 1985) es considerado el *leading case* para el análisis de una pretensión de reagrupación familiar con fundamento en el artículo 8 del CEDH. Su tratamiento por parte del Tribunal se hizo en el marco de la política de inmigración del Reino Unido.

Las demandantes pretendían que se declarase que las normas de control de la inmigración en el Reino Unido, no permitiendo

---

<sup>41</sup> Un análisis de la jurisprudencia del TEDH en supuestos que involucran la ruptura familiar, bien por expulsión, bien por reunificación familiar la realiza V. GUIRAUDON, en “European Courts and Foreigners’ Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion”, *IMR*, vol. 34, 2000 (4), pp. 1088-1125. Y mi trabajo ya citado, VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina: *La reagrupación familiar de los extranjeros...*, *op. cit.*, pp. 42-ss. Y, más reciente, véase mi examen del impacto en la residencia del extranjero de las crisis matrimoniales en “Los estatutos de residencia familiar de los extranjeros y el impacto de la ruptura del vínculo sobre la residencia”. *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch. Valencia. (2018), pp. 954-981.

la entrada y permanencia de sus respectivas parejas<sup>42</sup> para llevar a cabo la vida en familia con quienes eran residentes legales en dicho territorio, eran contrarias al derecho al respeto de la vida en familia. En opinión del gobierno británico, ni el artículo 8 ni ningún otro artículo del Convenio eran aplicables al control de la inmigración.

El Tribunal asentó que “la extensión de la obligación para un Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la situación de los particulares y del interés general”. Para el Tribunal, “la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo”.

Esta doctrina ha sido seguida en las Sentencias de 19 de febrero de 1996, caso *Gül c. Suiza*<sup>43</sup> y de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Países Bajos*<sup>44</sup>, que introducen un elemento adicional objeto de justificación, pues la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio, ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo “siempre que no existan obstáculos que impidan a las partes llevar una vida familiar en su propio país”.

El caso *Gül* planteaba el problema del rechazo a la admisión de un niño de siete años que por razones diversas había permanecido en Turquía cuando su padre y, posteriormente, su madre, emigraron a Suiza. El Tribunal destacó dos hechos como relevantes: primero, que la causa de la separación de la familia había sido provocada por el Sr. *Gül* cuando abandonó en 1983 su país de

---

<sup>42</sup> En el caso de los *Balkandali*, se trataba de una pareja que había tenido vida en común previa y de cuya relación había nacido un hijo; en el caso de los *Cabales*, casados, se discutía la validez del matrimonio contraído en Filipinas como circunstancia para denegar la entrada; y, finalmente, los *Abdulaziz* ya estaban casados y habían hecho vida en común durante algún tiempo en el Reino Unido, previo al vencimiento del permiso de residencia (como estudiante) del marido y consiguiente denegación de autorización para continuar en el Reino Unido.

<sup>43</sup> Apartado 38.

<sup>44</sup> Apartados 63 y 67.

origen y se trasladó a Suiza dejando a su familia en Turquía; y, segundo, que no existían obstáculos para la reanudación de la vida familiar en Turquía, posibilidad tanto más real cuanto que Ersin (el hijo) siempre había vivido y crecido en el ambiente cultural y lingüístico de su país<sup>45</sup>.

El caso Ahmut planteaba el mismo problema, aunque desde una nueva perspectiva pues los padres de la menor, marroquí de nueve años de edad, de cuya reagrupación se trataba, residentes en los Países Bajos, habían adquirido la nacionalidad holandesa. El Tribunal enfocó la cuestión como un problema relativo a la ejecución por parte del Estado de una obligación positiva y estimó que no había existido violación del artículo 8 CEDH pues la hija mantenía vínculos sólidos con su país de origen y la separación era el resultado de una decisión voluntaria del padre al establecerse en los Países Bajos<sup>46</sup>.

Ambas sentencias asentaron la doctrina según la cual: *los Estados parte tienen la posibilidad de negar la admisión de los miembros de la familia “si se presume razonablemente que el extranjero puede volver a su país de origen; es decir, cuando nada se oponga a que todos los miembros de la familia puedan vivir o continuar la vida en su país de origen. En este sentido, una decisión nacional que rechace la admisión*

---

<sup>45</sup> Mientras que la Sentencia Abdulaziz fue unánime, la Sentencia Gül se dictó con siete votos a favor y dos en contra. El Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Russo) oponía que: “...dans le contexte de la question de la réunification d'une famille, l'Etat d'établissement doit respecter le choix des immigrants qui ont réussi à y obtenir un statut permanent et doit, par conséquent, accepter des membres de leur famille que les intéressés avaient laissés derrière eux pour venir s'établir dans cet Etat”.

<sup>46</sup> La sentencia Gül se dictó con cinco votos a favor y cuatro en contra: por una parte, el Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Lohmus) y, por otra parte, los dos Votos de los jueces Sr. Valticos y Sr. Morenilla. El primero de los votos el juez Martens afirmaba que: “[j]’infère] de l’arrêt Abdulaziz, Cabalet et Balkandali c. Royaume-Uni [...] que lorsque la question du regroupement familial se pose dans une affaire d’immigrants qui, déjà dotés d’une famille, l’auraient laissée derrière eux, l’Etat d’établissement est en principe tenu de respecter le choix des immigrants qui ont obtenu sur son sol un statut permanent et, partant, d’admettre, en règle générale, les membres de leur famille que pareils immigrants ont laissés derrière eux. Il peut éventuellement y avoir des exceptions à cette règle mais, d’après moi, lorsque se trouve en jeu la réunion avec les enfants en bas âge de l’immigrant, il est très malaisé d’accepter que la règle ne soit pas suivie”.



de un miembro de la familia de un extranjero solicitada a título de reagrupación familiar no vulnera el artículo 8 CEDH, “en la medida en que la vida familiar sea razonablemente posible en el país de origen”.

En nuestra opinión, el criterio merece un juicio crítico. Por una parte, de la doctrina “Gül-Ahmut” parece desprenderse que la noción *vida familiar* en materia de reagrupación familiar –en el sentido del artículo 8 del Convenio– requiere un elemento intencional. Esto implicaría que, si el extranjero opta por dejar a la familia en el país de origen se presume que no existe voluntad de mantener una vida familiar<sup>47</sup>. Por otra parte, en el control de la justificación de la medida adoptada, juegan con mayor intensidad los vínculos con el lugar de origen que la solidez de la integración del extranjero reagrupante en el país de su residencia, dejando un amplio margen de maniobra a las autoridades estatales para decidir “con qué amplitud puede desarrollarse la vida familiar en el país de origen”.

Además, el criterio se compadece mal con el principio establecido frente a los supuestos de expulsión de inmigrantes de segunda generación (la injerencia es injustificada si la expulsión implica la imposibilidad de la vida en familia<sup>48</sup>). Es cierto que, en el test de proporcionalidad, el Tribunal estimó prioritario el interés del Estado en controlar la entrada de extranjeros frente al interés del particular (evidenciado por los vínculos reales con el país de residencia); lo que puede llevar a considerar que el bienestar económico, como integrante de la política

---

<sup>47</sup> HOTTLIER, Michel : “Le tribunal fédéral suisse et la ‘discrimination à rebours’ en matière de regroupement familial”, *RTDH*, Année 14, 2003 (56), pp. 1275-1304. Citado por LA SPINA, Encarnación : “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaén, Núm. 14, 2014.

<sup>48</sup> El inconveniente derivado del análisis casuístico del Tribunal puede salvarse si se siguiera la alternativa sugerida en el Voto elaborado por el juez Sr. Martens en el caso Boughanemi: primero, aceptar que la expulsión de un *extranjero integrado* constituye *como regla general* una vulneración al derecho al respecto a su vida privada; y, segundo, esta regla puede excepcionalmente justificarse si el extranjero ha sido condenado por delitos muy graves (p. ej., crímenes contra el Estado, actividades terroristas políticas o religiosas, o el hecho de ocupar un “puesto” importante en una organización de tráfico de drogas). En este mismo sentido se pronunciaron los votos de los jueces Sr. Palm (en *Bouchelkia*), Sr. Baka y Sr. Van Dijk (en *Boujlifa*), Sr. Costa y Sr. Tulken (en *Baghli*) y Sr. Wildhaber (en *Nasri*).

de inmigración de los Estados miembros, justifique medidas más restrictivas en materia de reagrupación familiar<sup>49</sup>.

Cinco años más tarde, con ocasión de una demanda contra Holanda por violación del artículo 8 del CEDH, el Tribunal volvió a examinar un supuesto de reagrupación familiar en relación con la legislación holandesa de extranjería (STEDH de 21 diciembre 2001, Asunto Şen c. Países Bajos<sup>50</sup>). Al igual que en los dos casos anteriores, los demandantes alegaban que la denegación de un permiso de entrada y residencia para una hija menor de edad (y residente en Turquía) suponía una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar en los términos del artículo 8.2 CEDH.

En esta ocasión, el Tribunal llevó a cabo el contraste de los intereses desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado valorando la reagrupación familiar como una “exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia”. En la Sentencia “Şen” el Tribunal no plantea por separado el problema de la justificación (de la injerencia) y considera que la ponderación ha de realizarse al mismo tiempo, pues el respeto a la vida en familia forma parte del derecho a la reagrupación familiar<sup>51</sup>. En este asunto, los vínculos de la familia Şen con el país de residencia (criterio de integración) fueron decisivos en el examen de las circunstancias individuales: los años de residencia legal, los sucesivos permisos de trabajo del reagrupante, el nacimiento de dos hijas más y su escolarización en Holanda y, en fin, la ausencia de vínculos estrechos con Turquía, excepción hecha de la nacionalidad. La Sentencia Şen insiste en el interés superior de los hijos como un criterio relevante para fundamen-

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, la legislación holandesa expresamente recogió esta posibilidad en su Circular sobre los extranjeros de 1994 (*Vreemdelingencirculaire*) cuya aplicación dio lugar al asunto Şen.

<sup>50</sup> Nota de J. BENZIMRA-HAZAN, Nota a la sentencia CEDH.- 21 décembre 2001.- Sen c. Pays-Bas, *JDI*, Année 129, 2002 (1), pp. 316-318.

<sup>51</sup> Véase, sin embargo, el voto particular del juez Sr. Martens, en la sentencia Gül (apartados 6 ss.), que, aunque no pone en entredicho la calificación de derecho positivo, lleva a cabo un examen clásico de los motivos de justificación. Véanse asimismo los votos particulares afirmativos de los jueces Sr. Thór, Sr. Vilhjálmsson y Sr. Bernhardt en la sentencia Abdulaziz, que basan su criterio en la existencia de una justificación con arreglo al artículo 8, apartado 2 del CEDH.

tar el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida<sup>52</sup>. El Tribunal entendió que la reagrupación (de la hija) “no sólo era el medio más adecuado para desarrollar la vida de toda la familia sino que constituía una exigencia necesaria de la integración de la menor en la célula familiar de sus padres y hermanas” (obligación positiva)<sup>53</sup>; criterio que, en materia de reagrupación familiar, se vincula a la prioritaria exigencia del particular de ver favorecida la integración de toda la familia en la célula existente en el país de acogida, sin importar que en el país de origen el miembro no reagrupado mantenga vínculos de relación con otros parientes.

En sentencia de 1º de diciembre de 2005 el TEDH vuelve a ocuparse de la violación del artículo 8 CEDH en relación con la no autorización de entrada de una menor en un procedimiento de reagrupación familiar, tramitado ante las autoridades holandesas. El asunto *TuquaboTekle c. Países Bajos* planteaba un caso más difícil que el precedente *Şen* dadas las peculiares circunstancias de la requirente, Sra. *Goi Tuquabo-Tekle*, y de su hija *Mehret*.

Tras su detención por las autoridades de Etiopía a causa de las actividades políticas de su marido, perteneciente al Frente Popular de Liberación de Eritrea y fallecido en 1989, la Sra. *Tuquabo-Tekle* consiguió huir a Noruega donde pidió asilo político. Denegada la solicitud, obtuvo un permiso de residencia por razones humanitarias (1990). Con la ayuda del ACNUR, la requirente consiguió traer al mayor de sus hijos que había dejado en Addis Abeba a cargo de unos amigos (1991). Los otros dos hijos menores quedaron al cuidado de la abuela materna y de un tío en un territorio que, tras la declaración y creación del nuevo Estado de Eritrea (1993), pasó a formar parte de dicho Estado.

En 1992 la Sra. *Tuquabo-Tekle* contrajo matrimonio con el Sr. *Tuquabo*, un refugiado residente en Holanda. Tras obtener el permiso de residencia por parte de las autoridades holandesas,

---

<sup>52</sup> Tendencia que también puede encontrarse en la decisión *Winata* del Comité de Derechos Humanos. *Vid.*, Comunicación n.º. 930/2000 (Australia), de 16 de agosto de 2001, CCPR/C/72/D/930/2000. (Jurisprudencia).

<sup>53</sup> Doctrina seguida en dos Sentencias muy recientes, ambas de 31 enero 2006, *Asuntos Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos* y *Sezen c. Países Bajos*, en el análisis de la expulsión del territorio de un miembro de la familia.

se trasladó a Holanda con su hijo mayor. Del nuevo matrimonio nacieron dos hijos que obtuvieron la nacionalidad holandesa. En 1997, el matrimonio Tuquabo inició los trámites para la obtención de un visado para Mehret, hija de la requirente. Las autoridades administrativas y judiciales holandesas denegaron sistemáticamente el visado por considerar, básicamente, que los vínculos familiares de dicha menor con la nueva familia eran inexistentes, que ésta había crecido en Eritrea con la abuela y un tío materno, que no se había demostrado el envío de cantidades periódicas para el sostenimiento de la otra familia y, en fin, que de las circunstancias del caso se desprendería que la cesación de la vida familiar de la Sra. Tuquabo-Tekle y sus dos hijos menores (dejados en Eritrea) era de carácter definitivo y no temporal.

El Tribunal estudió el problema en el ámbito del artículo 8 del CEDH haciendo notar que en ningún momento las partes habían discutido la inclusión de la vida en familia enjuiciada en dicho precepto. La controversia, sin embargo, discurría acerca de si el citado artículo imponía al Estado holandés la obligación positiva de permitir la residencia en Holanda de la menor.

La Corte, tras examinar la doctrina precedente (casos Ahmut y Gül), tomó en consideración como elementos relevantes para el juicio de ponderación, la edad de la menor, su situación en el país de origen (según la costumbre local, al cumplir los 15 años las niñas cesan en sus estudios y se concierta su matrimonio) y la dependencia respecto de sus padres. El Tribunal destacó que, en estas circunstancias, se planteaba no sólo un problema de política migratoria sino el derecho a la vida familiar de extranjeros que, habiendo creado una nueva familia en país de acogida y dejado otros hijos (anteriores, comunes o no) en otro país, pretendían reagruparlos pasados varios años (supuesto que presentaba ciertas similitudes con el asunto Şen, en el cual se apreció la violación del artículo 8 CEDH).

El Tribunal comparó ambos casos para comprobar si las circunstancias eran similares y así avalar la misma decisión. En primer lugar consideró, al igual que lo hizo en Şen, la vida en familia en el nuevo país, la ausencia de vínculos que los nuevos hijos tenían con el país de origen y su integración lingüística, escolar y social en Holanda y constató que, a diferencia de Şen, en el caso Tuquabo el tiempo transcurrido desde la llegada a Holanda (1993) y la solicitud de reagrupación

(1997) se debió a la imposibilidad de cumplir en menor tiempo los requisitos materiales establecidos por la legislación holandesa para obtener el correspondiente visado, por lo que no cabía reproche alguno a la demandante. También recordó el Tribunal cómo en otras circunstancias (expulsión) se había analizado el supuesto a la luz de los vínculos que la persona concernida, la requirente en este caso, tenía con su país de origen y las expectativas reales de poder volver (con su nueva familia) a dicho país<sup>54</sup>.

Por último, el Tribunal consideró la incidencia de la edad de la menor en el siguiente sentido:

*In the present case the Court notes that the applicants have not alleged that Mehret, who undoubtedly has strong cultural and linguistic links with Eritrea, could no longer be looked after by the relatives who have been doing so ever since her mother left. They have, nevertheless, argued that Mehret's age –rather than making her less dependent on her mother– made it even more pertinent for her to be allowed to join her family in the Netherlands. This was because, in accordance with Eritrean custom, Mehret's grandmother had taken her out of school, and Mehret had also reached an age where she could be married off. Although Mrs. Tuquabo-Tekle disagreed with the choices made for Mehret, she was unable to do anything about them as long as her daughter was living in Eritrea (§50).*

Para el Tribunal, el Estado holandés, al rechazar la reagrupación de la menor, llevó a cabo un débil test de proporcionalidad entre los intereses de los requirentes y el interés del Estado de controlar la in-

---

<sup>54</sup> Este criterio ha sido utilizado, *mutatis mutandi*, en el asunto Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos. Se planteaba la expulsión de una nacional brasileña residente irregular en Holanda que había tenido una hija con un nacional holandés. La custodia de la menor se otorgó al padre. Posteriormente, se acordó la custodia a favor de los abuelos paternos, pudiendo tener la madre a la menor (de 3 años) cuatro días de la semana, lo que siempre cumplió. La violación del derecho a la vida en familia se suscitó en el momento en que las autoridades holandesas rechazaron la solicitud de residencia de la madre y ordenaron su expulsión del país. El TEDH declaró la violación del artículo 8 CEDH declarando que las autoridades holandesas habían aplicado con excesivo formalismo la legislación de extranjería que amparaba la expulsión por residencia irregular, sin ponderar el derecho a la vida en familia que garantiza el Convenio.

migración, acordando en consecuencia la violación del artículo 8 del Convenio.

En el 2014 se plantearon varios casos ante el TEDH cuyo objeto era el contraste a la luz del derecho al respeto a la vida en familia y a la reagrupación familiar tratándose de extranjeros que ya residían en el territorio y se les denegaba un permiso de residencia por reagrupación familiar. La peculiaridad respecto de los anteriores es que se trataba de familias de refugiados. En el caso *Mugenzi v. Francia y Tanda-Muzinga vs. Francia*, ambos de 10 de julio de 2014, el Tribunal examina el derecho a la vida privada según los mismos parámetros ya indicados y decreta que el Estado la obligación positiva del estado incluye el establecimiento de medidas que tomen en cuenta los antecedentes del familiar (refugiado) con los solicitantes (*Mugenzi* §52 y *Tanda-Muzinga* §75)<sup>55</sup>. De igual modo, en el asunto *Biao v. Dinamarca* de 25 de marzo 2014, el TEDH examina a la luz de las sentencias precedentes (en particular, *Abdulaziz...*) si la normativa danesa era contraria al artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio. En la especie, la normativa danesa establecía una regla especial para la reagrupación familiar de los ciudadanos daneses que no lo sean por nacimiento. La conocida *regla de los 28 años* significaba, en opinión de la recurrente, una diferencia de trato entre los daneses por nacimiento y los “nuevos” daneses (es decir, los extranjeros que adquieren la nacionalidad danesa posteriormente). Cierto es que la materia respecto de la cual se analiza la posible discriminación es la nacionalidad que cae, como es sabido, en un ámbito reservado a la soberanía estatal. El Tribunal entiende que la norma danesa es una norma neutra y no aprecia que exista una discriminación por razón de origen o étnico. La sentencia ha merecido severas críticas; en particular porque “rehúye” un examen en abstracto de la normativa de extranjería y simplifica al máximo el examen de proporcionalidad y razonabilidad<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Sobre estos asuntos véase el comentario de A. MARTÍN VILLEGAS, citando a LA SPINA, Encarnación: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar”. *Revista Aequalitas*. Núm. 38. (2016), pp. 20-28, esp. p. 22.

<sup>56</sup> LA SPINA, Encarnación: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”, *op.cit.*

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Según la jurisprudencia de Estrasburgo para afirmar que estamos ante una vida familiar susceptible de la protección del artículo 8 CEDH es necesario contrastar, en primer lugar, que la vida familiar sea lo suficientemente próxima, es decir *real y efectiva* y, en segundo lugar, que se trate de una *familia preexistente* a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio.
2. Aunque en el CEDH no existe un concepto de familia convencionalmente establecido, el TEDH mantiene como regla general una *noción amplia de vida familiar* que matiza, sin embargo, cuando controla las condiciones de admisión por razón de reagrupación familiar de acuerdo con la normativa interna de los Estados parte. Asimismo, en supuestos de expulsión de extranjeros asentados en esos mismos Estados la noción familia adquiere perfiles propios al quedar contextualizada en el ámbito de las medidas relativas a la inmigración que los Estados pueden adoptar.
3. En este sentido, la extensión de la obligación para un Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la situación de los particulares y del interés general. De donde, la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo. Sin embargo, es una obligación positiva del Estado valorar en los expedientes de admisión la reagrupación familiar como una *exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia*.
4. A la luz de las consideraciones de los asuntos examinados cabe extraer tres cánones de interpretación: (1) aun cuando del artículo 8 CEDH no se derive directamente un derecho a la reagrupación familiar, estos supuestos no constituyen un problema exclusivo de política migratoria; (2) la protección de la familia con arreglo al artículo 8 del CEDH puede generar excepcionalmente, tras ponderar el interés del particular y el interés general, un derecho a la reunificación familiar en el Estado de

acogida; y (3) la integración de la familia en la célula creada en el país de destino forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar y habrá de ser ponderada por las autoridades nacionales en caso de rechazo de las solicitudes de reagrupación familiar.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, Paloma / VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: “Capítulo II- Reagrupación Familiar (Artículos 16 a 19)”. *Comentarios a la Ley de Extranjería* (C. Esplugues Mota, Dir), Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 417-522.
- ARRIAGA IRABURU, Inés: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Eunsa. Pamplona, 2003.
- BENZIMRA-HAZAN, Jérôme: “Nota a la sentencia CEDH. - 21 décembre 2001.- Sen c. Pays-Bas. *Journal de Droit International* (2002 -1), pp. 316-318.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel: “Ciudadanos de la Unión vs. nacionales de terceros países: sobre la incipiente convergencia interpretativa del derecho europeo a la reagrupación familiar”. *Revista General de Derecho Europeo*. Núm. 26 (2012), pp. 1-58.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel: “The right to family reunification in the Spanish law system”. *Spanish Yearbook of International Law*. Núm. 7 (1999), pp. 1-37
- GARCÍA VITORIA, Ignacio: “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la expulsión de inmigrantes”. *Revista General de Derecho Constitucional*, Núm. 20 (2015).
- HOTTLIER, Michel : “Le tribunal fédéral suisse et la ‘discrimination à rebours’ en matière de regroupement familial”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*. Año 14. Núm. 56. (2003), pp. 1275-1304.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara: “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJUE”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 26 (2007), pp. 125-153.
- LA SPINA, Encarnación: “Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdicción regional europea”. *Revista de Estudios Jurídicos*. Universidad de Jaén. Núm. 14. (2014).
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.



URBANO DE SOUSA, Constança : “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”. *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam* (Julien-Lafferrère, F., Labaye, H. y Edström, Ö., dirs.). Bruylant, Bruxelles. (2005), pp. 127-140.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: *Reagrupación familiar de los extranjeros en España*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- “Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 10 (2). (2018), pp. 732-751.
- “Los estatutos de residencia familiar de los extranjeros y el impacto de la ruptura del vínculo sobre la residencia”. *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch. Valencia. (2018), pp. 954-981.
- “Reflejos de la idea de integración en las normas de extranjería y de nacionalidad. Especial referencia al nacido en España hijo de extranjeros”. *Revista Aranzadi - Unión Europea*. Núm. 2 (2017), pp. 47-163.
- “Capítulo 2. El régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”. *El extranjero en el Derecho español*. Dykinson. Madrid. (2016), pp. 53-123.
- “De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”. *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*. Marcial Pons. Madrid. (2007), pp. 581-599.
- “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”. *El derecho de familia ante el siglo XXI* (A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos, Dirs.). Colex. Madrid. (2004), pp. 819-843.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*





**[www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSJC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)



