

EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE ROMA

Andrés Ollero¹

A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, los tratados internacionales suscritos por España no entran a formar parte de su ordenamiento jurídico. Así ocurre con el Convenio de Derechos Humanos del Consejo de Europa firmado en Roma. No obstante, en modo alguno resulta para nosotros irrelevante, dado que el artículo 10.2 de la Constitución española (en adelante CE) señala que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Es fácil por lo demás advertir

¹Magistrado del Tribunal Constitucional y Miembro de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

la frecuente presencia de citas de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en las sentencias del Tribunal Constitucional español.

A la hora de calibrar aspectos del posible impacto de dichas resoluciones no vendrá mal una previa reflexión sobre el juego de valores y derechos en nuestro marco constitucional. El artículo primero de la Constitución nos ilustra ya al respecto. Tras dejar sentado que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”, añade “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Todo invitaría a pensar que estos valores repercutirán sobre lo que debamos entender por derechos.

Cabría interpretar que los *valores* situados en el frontispicio constitucional realzarían una especie de *superderechos*. No es ese mi punto de vista. Considero más bien que los derechos están primordialmente vinculados a uno de ellos: la justicia. No en vano el afán por dotar de plenitud y eficacia a los derechos acaba identificándose con el *hacer justicia*. No pretendo con ello establecer una jerarquía que sitúe en un plano inferior a la libertad y la igualdad. Muy al contrario, concibo la justicia como un esfuerzo de ajustamiento de las relaciones sociales; libertad e igualdad no serían sino los dos elementos que protagonizan dicha tarea. De ahí que sea continua la alusión del Tribunal Constitucional a que *no hay derechos ilimitados*.

No cabe en nuestra Constitución ninguna libertad ilimitada. Los derechos y libertades que reconoce van siendo concretamente delimitados por la tarea interpretativa de la letra de su articulado. Cualquier *extralimitación* que pu-

diera constatarse será considerada como netamente antijurídica. Baste recordar cómo, reconociendo la libertad de expresión, se rechaza la existencia de un “derecho al insulto”².

El “libre desarrollo de la personalidad”, aludido en epígrafe anterior del mismo artículo 10 CE, se ve jurídicamente delimitado por el trato al otro como a un igual. Se ajustan así libertad e igualdad delimitando mutuamente su alcance. También una igualdad ilimitada, desconocedora de la necesidad de tratar desigualmente a los desiguales, sería netamente antijurídica; tanto como una libertad que, acentuando querencias individualistas, siembre desigualdades sin fundamento objetivo y razonable³. De ahí el notable riesgo de que, por vías interpretativas, se acaben consolidando derechos desajustados⁴.

Baste añadir a lo dicho que el “pluralismo político” no es sino el cauce procedimental por el que dicho ajustamiento debe en todo caso hacerse realidad.

² Aludiré a algunas publicaciones donde he tratado estos aspectos, por si el lector deseara ampliar rasgos someramente apuntados. En lo que se refiere a lo hasta ahora afirmado: *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal "La Ley"* (Buenos Aires) 11.XII.1998 (XIX-4691), págs. 1-4; incluido luego en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 127-141; accesible en <http://infosjuridicas.unam.mx/libros/5/2381/12.pdf>.

³ Sobre el particular, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

⁴ Al respecto, *Los nuevos derechos* “Persona y Derecho” 2012/1 (66), págs. 49-62.

Un derecho en novedosa expansión

El artículo 8 del Convenio de Roma presenta el “derecho al respeto de la vida privada y familiar” en doble epígrafe:

“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.”

Si nos atenemos a su tenor literal, cabría considerar este artículo paralelo al 18 CE. También este ha experimentado una notable expansión, hasta el punto de que la vaga alusión de su epígrafe cuarto a las amenazas de la informática⁵, ha acabado dando paso a un derecho autónomo a la llamada *autodeterminación informativa* o a la protección de datos⁶. No obstante, la deriva interpretativa de la *privacidad* llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo desborda con creces el alcance del derecho a la *intimidad* en nuestra Constitución. Así queda de relieve en una reciente y llama-

⁵ “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁶ Sobre el particular: De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008, págs. 7-179.

tiva Sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Constitucional⁷, integrada en la ocasión por solo cinco magistrados de los que tres suscriben votos particulares coincidentes solo en dicha constatación.

En efecto, el texto español veda que terceros, sean particulares o poderes públicos, puedan delimitar los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena. Las resoluciones de Estrasburgo llevan, sin embargo, trazas de identificar la privacidad con lo que el artículo 10.1 CE caracteriza como “libre desarrollo de personalidad”, con una deriva que convierte a la autonomía individual en supremo valor del Convenio.

Se apoya para ello en una *interpretación evolutiva* de su texto que, con claro sesgo individualista, limita derechos preexistentes mientras atribuye a otro rango fundamental. No deja de ser curioso que esto pueda acabar sustituyendo el paralelismo entre la *vida privada* y la *intimidad* del artículo 18 CE por otro, en el que algo tan aparentemente diverso como la *integridad moral* del artículo 15 CE⁸ sería el punto de referencia⁹. En línea con la norteamericana *privacy*, se consagra así la capacidad del individuo para tomar

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/2016, de 1 de febrero, que ampara a una ciudadana que recaba la entrega del feto tras un aborto programado.

⁸ “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁹ Así aflora en la alambicada afirmación del Dictamen del Consejo de Estado español de 17 de septiembre de 2009, apartado IV, favorable a la apreciación de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de

en todos los campos sus propias decisiones y poder actuar de acuerdo con ellas. La vida privada se convierte en plataforma para el despliegue de un derecho a la autonomía personal, incluyendo el modo de establecer relaciones con los demás y de desarrollar en su integridad el despliegue físico y psíquico del individuo. Se desplaza con ello la cuestión fundamental: si cabe identificar *dignidad personal* con *autonomía individual* o si la dignidad humana marca límites que el arbitrio individual no debe traspasar¹⁰.

En ese contexto interpretativo, conductas amparadas inicialmente con la generosidad propia de la tolerancia pueden acabar convirtiéndose en derechos exigibles en justicia. Lo que en casos de eutanasia aparecía como meros deseos pasa a apreciarse como necesidades vitales, cuya insatisfacción generaría sufrimiento o depresión, hasta el punto de poder acabar convirtiéndose en un derecho fundamental al suicidio asistido; algo así como el derecho a la interrupción voluntaria de la vejez, con sujeto no claramente definido. Resulta obvio que las obligaciones positivas endosadas a los Estados miembros acabarán reconfigurando las relaciones de los ciudadanos entre sí.

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: “del posterior debate en el Senado, resultó no menos claro que el ‘todos’ se refería a todas las personas en el sentido más restringido que, de acuerdo con el concepto civil, se había dado por supuesto en el Congreso (Diario de Sesiones, Senado, Comisión, de 24 de agosto de 1978, p. 1807 y ss.). Interpretación que se vio fortalecida cuando se añadió a la integridad física -inherente a la vida- la integridad ‘moral’ que no se puede predicar de los ‘*nascituri*’, sino solo de los nacidos”.

¹⁰ A propósito, Reflexiones sobre el anteproyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 2011 (27).

Juicios de valor y margen de apreciación

La incidencia valorativa de lo expuesto es evidente e implica no pocos riesgos. Para arrostrarlos en situaciones comprometidas, el Tribunal de Estrasburgo recurrirá al margen de apreciación que en determinadas circunstancias se reconoce en el Convenio a los Estados miembros. Destaca entre ellas la constatación de la ausencia de consenso a la hora de evaluar conductas. Siendo esto especialmente frecuente cuando entran en juego puntos de vista éticos, será un recurso socorrido para lograr que lo que una Sala consideró por unanimidad lesivo queda en la Gran Sala remitido al parecer del Estado antes considerado infractor¹¹.

Este pragmático criterio se acerca arriesgadamente a la llamada falacia naturalista, al convertir coyunturales datos de hecho -cuantitativamente considerados- en fundamento de juicios de valor. Así ocurrirá con la práctica del diagnóstico preimplantatorio; metodología nada inmune a críticas desde perspectivas éticas¹². Si ello se añade la falta de rigor en el manejo de los datos resalta con más claridad el carácter criptovalorativo de la argumentación¹³. A la hora de calibrar consensos, no faltan sentencias de Estrasburgo que

¹¹ Al respecto, *La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi* “Nueva Revista” 2011 (134), págs. 74-83.

¹² Para J. HABERMAS, junto a la investigación con embriones, “ejemplifican un peligro que cabría vincular a la metáfora de la ‘cría de hombres’”. Levanta a la vez acta de cómo sus defensores consideran tales críticas, así como las dirigidas contra la clonación terapéutica, la ‘maternidad de alquiler’ o la ‘muerte asistida’ como intentos de “moralización de la naturaleza humana” -*El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona, Paidós, 2002, págs. 10 y 38.

¹³ En lo relativo a la posible introducción del matrimonio homosexual en el derecho español, “desde el Gobierno se había cifrado en cuatro millones el número de personas que se verían beneficiadas por la reforma; fuentes periodísticas más moderadas hablaron de más de cien

manejan en plano de igualdad el derecho positivo de Estados miembros, aprobado democráticamente en referéndum, con documentos internacionales que no constituyen fuente del derecho¹⁴.

Particularmente relevante resulta esta situación cuando lo que entra juego es una *garantía institucional*. Así ocurre por ejemplo con el matrimonio que, para todo legislador, aparece como una institución preexistente, con rasgos indisponibles. La interpretación de los derechos puede acabar conformando la mentalidad social, con lo que pasa a considerarse que es la institución la que debe adaptarse a las preferencias individuales. Mientras sus rasgos heredados son los tratados como meros convencionalismos, incapaces de condicionar una autonomía individual. El Tribunal de Estrasburgo, aun tratando como *vida familiar* la convivencia entre personas de mismo sexo, no ha llegado a reconocer un derecho fundamental a contraer matrimonio homosexual, al

mil parejas que estarían esperando”; en realidad por entonces había en España “censadas 10.474 parejas del mismo sexo: 3.619 de sexo femenino y 6.855 de sexo masculino” -*No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional* “Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas” (Madrid) 2013 (LXV-90), pág. 296.

¹⁴ Crítica similar en el aludido Dictamen del Consejo de Estado español, de 19 de septiembre de 2009, sobre la Ley Orgánica de Salud Sexual, apartado XII: “la mención de las normas y declaraciones internacionales debe hacerse con plena lealtad. Esto es, citándolos en su integridad, expresando claramente su autoría (así el Informe que se cita del Parlamento Europeo no lo es del Pleno sino de una Comisión) y sin atribuirles una autoridad distinta a la que realmente tienen (así la Plataforma de Beijing no fue acordada por los 186 Estados que asistieron a la correspondiente Conferencia, sino que 65 de ellos -dicho sea de paso los más importantes y más cercanos a nuestro entorno- formularon reservas en cuanto a lo en ella declarado sobre la planificación familiar)”.

descartar que el no reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo suponga una *discriminación*.

Actitud similar, aunque ecos en la opinión pública puedan sugerir lo contrario, ha sido la del Tribunal Constitucional español; ha amparado tal figura en el margen de discrecionalidad propio del legislador¹⁵, sin reconocerle rango de derecho fundamental. Los cuatro votos particulares (uno de ellos concurrente) son acordes a hora de detectar la ausencia de una argumentación que respalde que se haya respetado por el legislador la garantía institucional del matrimonio.

En cualquier caso, la apelación al consenso como fuente de derechos fundamentales desvía la atención de la cuestión decisiva: si una determinada conducta favorece o vulnera la dignidad humana.

Una dudosa subsidiaridad

La tarea jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en buena parte la de los tribunales constitucionales de su ámbito geográfico, se presenta como un recurso solo disponible cuando previamente se ha acudido a la vía judicial del Estado miembro, dándole oportunidad de solventar la vulneración del derecho en juego. No se produce, sin embargo, una retroacción a la jurisdicción estatal para que pueda ultimar la solución del caso. El propio Tribunal emitirá su sentencia, sin perjuicio de que la ejecución quede en manos del Estado afectado.

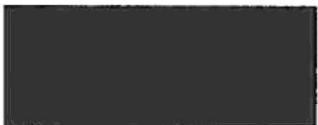
La notable carga valorativa del control ejercido no parece tampoco favorecer el pretendido carácter subsidiario de su labor: ingresan por esa vía categorías sin existencia

¹⁵ STC 198/2012, de 6 de noviembre.

previa, atendiendo a demandas sociales no asumidas originariamente por el Convenio. No deja de resultar sintomática una de las peripecias del optimistamente calificado como diálogo de tribunales, a la hora de plantearse la anunciada suscripción del Convenio de Roma por la Unión Europea en cuanto tal.

El epígrafe 193 del dictamen negativo emitido al respecto por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo considera que el enfoque adoptado en el proyecto de acuerdo ignora la naturaleza intrínseca de la Unión, ya que los Estados miembros han aceptado que sus relaciones mutuas se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro. No ha dejado de entreverse una notable desconfianza ante la posibilidad de que jueces de Estrasburgo procedentes de Estados dudosamente liberales presentes en el Consejo de Europa puedan acabar marcando el nivel de protección de los derechos humanos en el ámbito más restringido de la propia Unión Europea¹⁶.

¹⁶ Sobre el particular, *Diálogo de tribunales; perdonen las molestias* “Nueva Revista” 2015 (156), págs. 134-135.



**SOBRE
LA PROTECCIÓN DE
LA VIDA PRIVADA EN
LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE
ESTRASBURGO**

**JAVIER BORREGO BORREGO
FRANCISCO CONTRERAS PELÁEZ
PABLO CREVILLÉN VERDET
CRISTINA HERMIDA DE LLANO
MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ
CONSUELO MARTÍNEZ SICLUNA
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA
ANDRÉS OLLERO
ÁLVARO REDONDO HERMIDA
JOSÉ ANTONIO SANTOS ARNAIZ**

© José Andrés-Gallego,
1848jag@gmail.com

Diseño de Portada: Edurne A. Urtasun,
edurne.a.urtasun@gmail.com

Depósito legal: M-31873-2016

CAPÍTULO JURÍDICO

XXII SEMINARIO

LA PROTECCIÓN DE LA “VIDA PRIVADA” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

PROGRAMA

El vigésimo segundo Seminario del Capítulo Jurídico de AEDOS enlaza con el que bajo el rubro general “nuevos derechos” se celebró hace pocos años. Con esa bandera u otras similares -“derechos de ciudadanía”- se vienen emprendiendo batallas que encierran intentos de imponer códigos morales distintos del acordado en Roma en 1950, lo que fue la Convención Europea de Derechos Humanos, y eso bajo el ropaje de una ampliación del listado de derechos humanos precisamente o un ensanchamiento de los contemplados en aquella Convención. Se presenta el discu-

tible objetivo como exigencia de unos derechos cuyo contenido se pone al servicio de la concepción antropológica propia.

Si en la mencionada sesión anterior se repasaban algunos de esos “nuevos derechos”, ahora se busca fijar el foco en el derecho a la “vida privada”, concepto que emplea explícitamente en el artículo 8 de la Convención. Su elasticidad y difusos contornos se prestan bien para esa labor de modificación conceptual.

El XXII Seminario del Capítulo Jurídico de AEDOS afronta esa temática por medio del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, seleccionando algunos pronunciamientos que pudieran ser manifestación de la idea esbozada. Tras una conferencia introductoria a cargo de quien fue Juez Nacional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la jornada se articuló en dos mesas redondas en las que el análisis de cada una de las sentencias elegidas correrá a cargo de un experto

Madrid, 7 de marzo de 2015

10:00 h. INTRODUCCIÓN AL SEMINARIO

Fernando Fernández Rodríguez, Presidente de
AEDOS

José Gabaldón López, Vicepresidente Emérito
del Tribunal Constitucional y Presidente del Capítulo
Jurídico de AEDOS

**10:30 h. Dimensión expansiva del concepto de
“vida privada” del Convenio de Roma**

Javier Borrego Borrego, Abogado del Estado y
antiguo Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

11:15 h. COLOQUIO

12:15 h. Café

12:45 h. I MESA REDONDA

**“Vida privada” y aborto (TYSIAC contra Polonia
20/02/07; A, B y C contra Irlanda 10/12/10)**

Pablo Crevillén Verdet, *Abogado del Estado*

**“Vida privada” y eutanasia (KOCH contra
Alemania, 17/12/12)**

Cristina Hermida de Llano, Profesora Titular de
Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos

**“Vida privada” e investigación de la paternidad
(JÁGGI contra Suiza, 13/07/06)**

María Olaya Godoy Vázquez, Profesora de
Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Alcalá

Moderador:

Álvaro Redondo Hermida, Fiscal del Tribunal
Supremo

13:45 h. COLOQUIO

15:00 h. Almuerzo

17:00II MESA REDONDA

“Vida privada” y donación de gametos (S.H. Y OTROS contra Austria 1/04/10)

Consuelo Martínez Sicluna, Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Complutense de Madrid

“Vida privada” y fecundación heteróloga (COSTA Y PAVAN contra Italia, 28/08/12)

José Antonio Santos Arnaiz, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos

“Vida privada” y matrimonio homosexual (SCHALK Y KOPF contra Austria, 22/11/10)

Francisco Contreras Peláez, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Hispalense

Moderador

Antonio del Moral García, Magistrado del Tribunal Supremo y Secretario del Capítulo Jurídico de AEDOS

18:00 h. COLOQUIO

19:00 h. CONCLUSIONES

Andrés Ollero, Magistrado del Tribunal Constitucional y Miembro de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

19:30 h. CLAUSURA

José Gabaldón López

Fernando Fernández Rodríguez

Aula García Polavieja de la **Universidad Pontificia de Comillas** (Calle Alberto Aguilera 23), en colaboración con la **Cátedra de Ética Económica y Empresarial** (ICADE) de la citada Universidad.

INSCRITOS Y ASISTENTES

AGEJAS ESTEBAN, JOSÉ ÁNGEL.- Profesor Titular de Ética.

ANTÓN LUCAS, JOSÉ MARÍA.- Funcionario del Cuerpo Policía.

BAZÁN LÓPEZ, JOSE LUIS.- Profesor de Filosofía del Derecho.

BORREGO BORREGO, FRANCISCO JAVIER.- Abogado del Estado y antiguo Juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BURGOS ÁVILA, RAFAEL: Estudiante de ICADE

BURGOS VELASCO, RAFAEL: Registrador de la Propiedad.

CREVILLÉN VERDET, PABLO.- Abogado del Estado.

CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO.- Catedrático de Filosofía del Derecho.

CUESTA RUTE, de la JOSÉ MARIA.- Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

DÍAZ PINTOS, GUILLERMO.- Profesor Titular de Filosofía del Derecho.

FERNÁNDEZ DARNA, ÁLVARO.- Graduado. Facultad de Derecho.

FERNÁNDEZ DARNA, YAGO.- Abogado.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FERNANDO.- Presidente de AEDOS.

GABALDÓN LÓPEZ, JOSÉ.- Presidente del Capítulo Jurídico de AEDOS. Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional.

GALLEGO GARCÍA, ELIO.- Profesor Adjunto de Filosofía Política y del Derecho.

GODOY VÁZQUEZ, MARÍA OLAYA.- Profesora de Derecho

GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL.- Profesor de Antropología Cultural. Periodista. Escritor.

GORDON BEGUER, LUIS.- Abogado y Periodista.

GIMENEZ CABEZON, JOSE RAMON.- Magistrado de lo Contencioso.

HERMIDA DEL LLANO, CRISTINA.- Profesora Titular de Filosofía del Derecho.

LORENZO REGO, FERNANDO.- Cátedra UNESCO de Bioética y Derechos Humanos.

MARTÍNEZ SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO.- Profesora Titular de Filosofía de Derecho

MARTINEZ TORRÓN, JAVIER.- Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado.

MORAL GARCÍA, ANTONIO DEL.- Magistrado del Tribunal Supremo.

MORILLAS GÓMEZ, SALVADOR.- Abogado.

OLLERO, ANDRÉS.- Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Filosofía del Derecho. De la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

PI TORRENTE RAMÓN.- Periodista.

REDONDO HERMIDA, ÁLVARO.- Fiscal del Tribunal Supremo.

SÁNCHEZ GARCÍA, JOSÉ MARÍA.- Catedrático de Derecho
Eclesiástico del Estado. Abogado.

SANTOS ARNAIZ, JOSÉ ANTONIO.- Profesor de Filosofía del
Derecho.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL.- Catedrático
acreditado de Filosofía del Derecho.

VELASCO GUERRERO, LORENA.- Doctoranda de Derecho.