

## **De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción**

Directores: F.J. Matia Portilla y G. López de la Fuente

Editorial Tirant lo Blanch, 2019

\* Informe elaborado por Ana Carmona, catedrática de Derecho Constitucional (Universidad de Sevilla)

Han transcurrido 130 años desde que los abogados Warren y Brandeis publicasen en la *Harvard Law Review* su seminal artículo “*The right to privacy*”, en el que se contenía un rotundo alegato a favor del derecho a la vida privada (*privacy*). Se reivindicaba ya entonces el derecho de todo individuo a no ser molestado en aquella esfera de sus existencia desprovista de dimensión pública, lo que se concretaba en la afirmación de un genérico derecho a estar solo (*the right to be let alone*). Planteada la cuestión en estos términos emerge como lógico corolario la necesidad de proteger esa esfera inmune frente a cualquier intromisión externa proveniente tanto de actuaciones públicas (Warren y Brandeis aluden a un poder estatal omnipresente cada vez más incisivo que debe ser limitado) como privada (los excesos cometidos por la prensa sensacionalista de la época actuaron como elemento determinante a la hora de reivindicar la defensa de la privacidad).

Sobre la base de tal enfoque inicial, con el paso del tiempo el derecho a la intimidad (entendido como privacidad en términos estrictos) y también a la vida privada (considerado como un correlato necesario de la intimidad en sentido amplio) se abrieron camino en la cultura occidental de los derechos fundamentales ocupando un relevante espacio. Por lo que a su configuración jurídica se refiere debe llamarse la atención que estos derechos incorporan una destacada vis expansiva que, de la mano del devenir de la realidad contemporánea, abre la puerta a la incorporación de nuevos contenidos. Es precisamente esta dimensión dinámica que resulta inherente al derecho a la vida privada la que se encuentra en el núcleo de la obra que aquí se comenta. Ya de entrada su título deja clara constancia de ello al aludir al tránsito que se produce “De la intimidad a la vida privada y familiar”, ampliando la comprensión del primigenio derecho a la intimidad hacia otros ámbitos conexos. Y para apuntalar que dicha transición todavía no ha concluido basta con atender a la coda que sigue al primer enunciado

del título en el que se alude a “Un derecho en construcción”. Es esta idea matriz que apunta a la remodelación y adición de nuevos contenidos la que queda en evidencia a lo largo de los capítulos que integran el libro. En los mismos, tomando como punto de partida el derecho a la vida privada entendido como una realidad poliédrica se estudian aspectos específicos del mismo (genética, orientación sexual, ámbito laboral, familiar, etc.) y lo que resulta más significativo, ese carácter expansivo que lo caracteriza como un derecho en crecimiento y expansión.

Como consecuencia de este *modus operandi* emerge una imagen del derecho en el que sus diferentes facetas muestran una composición compleja, formada por una serie de sucesivos estratos que al hilo de las circunstancias cambiantes de su aplicación práctica van sumándose paulatinamente a su comprensión. Unos estratos que son de procedencia diversa, puesto que a la percepción por parte de la jurisdicción interna de la configuración constitucional del derecho y sus diversas facetas viene a sumarse el entendimiento que del mismo se lleva a cabo en la esfera supranacional, ya sea en la esfera normativa (tratados internacionales y Derecho de la Unión Europea) como en el ámbito judicial. Muy destacada en este sentido -y la obra dirigida por los profesores Matia y López de la Fuente así lo corrobora- es la contribución prestada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, a través de su jurisprudencia en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha contribuido de forma decisiva a forjar, actualizándolo, el contenido de este poliédrico derecho. Operando en el punto de partida con la previsión contenida en el artículo 8.1 CEDH -*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*- el Tribunal de Estrasburgo teje una rica red argumental que le permite gracias al recurso a otras previsiones del Convenio (derecho a la vida, a un proceso justo o a la propiedad) ofrecer soluciones integradoras que arrojan una visión renovada de aquél.

Atendiendo a la dialéctica renovadora aludida, el presente informe se ha elaborado aplicando un enfoque selectivo mediante el que se presta una atención específica a aquellos capítulos en los que esa impronta se muestra con una mayor intensidad.

En un contexto como el actual dominado por los avances imparables de las nuevas tecnologías, la protección de la esfera privada se muestra como un

imperativo inexorable al que los poderes públicos han de atender y que, sin embargo, se topa con serias dificultades para conseguir su tutela efectiva. El derecho a la intimidad genética se muestra precisamente como ejemplo paradigmático del ingente reto que su protección trae consigo. En el capítulo elaborado por **L. Fernández Antelo** bajo el título ***Intimidación y datos genéticos (Filosofía, forum shopping y dispersión normativa)*** queda de manifiesto la extraordinaria complejidad del tema perfilándose como “un campo jurídico difícilmente regulable”. Y es que a pesar de que los datos genéticos están considerados por 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 Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) como una subcategoría especial, a la que se reconoce un carácter marcadamente sensible y por lo tanto necesitada de tutela reforzada, su regulación pone de manifiesto la existencia de “una relación de proporcionalidad inversa” como consecuencia del recurso a conceptos indeterminados que muestran sus disposiciones y las dificultades consiguientes de aplicación práctica que de ello se desprende. La consecuencia que se deriva de tal situación es que el régimen jurídico diseñado adolece de la necesaria efectividad, articulando un sistema de protección “tardío e ineficaz”. Esta apreciación de partida se confirma plenamente si se tiene en cuenta que el citado Reglamento (a) permite a los Estados introducir otras condiciones en el tratamiento de datos genéticos, siempre que no supongan un obstáculo para la libre circulación de datos; (b) no establece un régimen sancionador unificado, limitándose a prever la posibilidad de sanciones pecuniarias definidas en función de un sistema de máximos susceptible de ser modulada por los Estados. Esta aproximación al tema deja expedita la vía al fenómeno del *forum shopping* o peregrinación jurídica en cuya virtud las empresas dedicadas al tratamiento de datos se instalan en aquellos países que, por lo que a la previsión de sanciones se refiere, incorporan previsiones más favorables a sus intereses. De este modo, se permite una competencia a la baja –no precisamente virtuosa– en cuanto a las consecuencias pecuniarias anudadas a las infracciones cometidas que posibilita la aparición de los denominados “paraísos de datos” en los que los límites jurídicos al tratamiento de la información genética se muestra

especialmente laxo; (c) Asimismo, el Reglamento UE no contempla específicas acciones efectivas a disposición del justiciable, tanto en relación con el acceso a los datos personales como de cara a obtener la rectificación o supresión de los mismos. Tal ausencia, como el autor señala, genera serias dudas jurídicas desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva que contempla el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Una vía posible de superación ofrece el recurso a las *mass action*, accesible a los sujetos efectivamente afectados para exigir responsabilidad jurídica a las empresas que utilizan de forma abusiva sus datos genéticos. Concluye el capítulo afirmando que nos encontramos en un contexto de *Far Web* en el que la represión del uso ilegítimo con fines lucrativos de estos datos requeriría la activación de “un entorno de coordinación”, requiriéndose un sistema armónico, eficiente y que permita la exigencia inmediata de responsabilidad inmediata.

Una constatación similar en torno a las insuficiencias que el marco jurídico vigente ofrece en materia de protección del derecho al secreto de las comunicaciones como consecuencia de los constantes cambios que se producen en el ámbito tecnológico se contiene en el capítulo ***Derecho al secreto de las comunicaciones*** elaborado por la profesora **A. Elvira Perales**. Considerando que “Internet es el medio menos seguro jurídicamente” se señala que las aludidas modificaciones generan un contexto en el que un adecuado desarrollo de la actividad jurisdiccional requeriría la necesaria asistencia de peritos informáticos, permitiéndose así solventar las lagunas de conocimiento tecnológico que presentan los jueces.

El análisis de la consideración que del derecho al secreto de las comunicaciones lleva a cabo el Tribunal Constitucional, por su parte, permite a la autora llegar a una conclusión de índole general, a saber, lo disfuncional que resulta ese modelo de “protección parcelada” empleado por dicho órgano mediante el que se procede a distinguir entre los diversos derechos contenidos en el artículo 18 de la Constitución. Para superar tal situación fragmentaria se propugna operar con el concepto de “entorno virtual”, considerándolo como bien jurídico que engloba a tales derechos. Con ello se permitiría generar una suerte de protección integral de dicho entorno. A modo de conclusión, merece ser especialmente destacada la idea defendida por A. Elvira de que en la era digital lo

que precede es acuñar una categoría de derechos digitales que debería ser objeto de expresa recepción constitucional (en una hipotética reforma), articulándose los elementos nucleares de su régimen de garantías.

Las disonancias existentes entre la construcción realizada por el TEDH y el TC, así como la necesidad de llevar a cabo los correspondientes ajustes se perfilan como principales elementos a reseñar en las contribuciones realizadas por los profesores **L. I. Gordillo** y **F. J. Matia**. Se dedica el primero al análisis de *La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio*, tomando como punto de partida la jurisprudencia emanada por el TEDH en la materia. A este respecto, se traen a colación las resoluciones más emblemáticas en el proceso de construcción de tal derecho sobre la base de la protección que el artículo 8.1 CEDH brinda al domicilio y la vida privada. En relación con el primero de ellos observa el profesor Gordillo que actúa como “derecho comodín o derecho líquido”, permitiendo un enriquecimiento progresivo de su contenido gracias a la conexión establecida con la vida privada. En efecto, para el Tribunal de Estrasburgo el domicilio no se limita únicamente a un espacio físico que sirve como lugar de residencia. Adicionalmente, quien habita dicho espacio tiene el derecho a disfrutar tranquilamente del mismo. He aquí que se encuentra el interfaz que lo conecta con el derecho a la vida privada tanto individual como familiar y que permite considerar una vulneración de los mismos las injerencias derivadas tanto de la emisión de gases y humos molestos (Asunto López Ostra contra España, 1994) como de la saturación acústica (Asunto Gómez Moreno contra España, 2004).

Gracias a esta apertura en la comprensión del derecho al domicilio queda abierto el camino para incorporar al mismo un componente medioambiental que se concreta en la afirmación de obligaciones positivas de carácter reforzado a las que han de atender los Estados. Ciertamente, de tal aproximación hermenéutica no se desprende un derecho de protección general y objetiva del medio ambiente, puesto que como el TEDH ha señalado los Estados gozan de un amplio margen de apreciación a la hora de ponderar, por un lado las exigencias del disfrute pacífico del domicilio sin injerencias externas y, por otro, los beneficios económicos del país que están en juego (esta consideración jugó un papel determinante a la hora de considerar la limitación de los vuelos nocturnos en aquellos aeropuertos

localizados en las proximidades de zonas residenciales). Asimismo, como recuerda L. Gordillo, la competencia del TEDH para controlar aspectos sustantivos de la actuación estatal en casos dotados de relevancia medioambiental resulta excepcional, quedando esencialmente limitada a comprobar si se han producido errores manifiestos a la hora de ponderar la existencia de “un equilibrio justo entre los intereses en conflicto y la defensa de los actores privados en este ámbito”. Estamos, pues, en presencia de una aproximación por parte del TEDH en clave eminentemente procedimental, que tiende a concentrarse en examinar si el proceso de toma de decisiones fue justo y suficiente “para garantizar el debido respeto de los intereses que el artículo 8.1 CEDH pretende salvaguardar a los individuos”. De la aplicación de tal *modus operandi* se desprende que únicamente en circunstancias excepcionales el Tribunal de Estrasburgo se permite “ir más allá y controlar las conclusiones materiales”.

Otra vía para la expansión de la vertiente medioambiental del derecho al domicilio se incardina en la conexión establecida con el derecho a la vida que proclama el artículo 2 CEDH. Gracias a la relación causal establecida se produce un ulterior reforzamiento del efecto vertical del Convenio, puesto que habilita al TEDH para incrementar su capacidad de control sobre las obligaciones que gravan sobre los poderes públicos a la hora de garantizar la vida de las personas en asuntos que presentan no sólo un componente medioambiental sino también desde la perspectiva del respeto del derecho de propiedad. La consecuencia derivada de tal planteamiento es que aquéllos resultan constreñidos por el deber primordial de “establecer un marco legislativo y administrativo diseñado para proporcionar una disuasión efectiva contra amenazas al derecho a la vida”.

Así pues, en la interpretación que el TEDH lleva a cabo del derecho al disfrute del domicilio se incluye, incorporándolo como contenido necesario del mismo, que el mismo cuente con unas condiciones idóneas que se cifran en la exigencia de un medioambiente sano, limpio y pacífico. Llama poderosamente la atención, tal y como el profesor Gordillo indica, la reluctancia manifestada por el TC a la hora de admitir el planteamiento desarrollado por el TEDH en esta materia. Tal resistencia se hace especialmente patente en relación con la contaminación acústica en tanto que injerencia en la inviolabilidad del domicilio y la vida privada. Razona nuestro Alto Tribunal en su sentencia 150/2011 que la Constitución de

1978 no recoge un derecho fundamental al silencio. Tomando como premisa tal afirmación de partida, el TC concluye estimando que la incorporación de la jurisprudencia del TEDH al amparo del mandato interpretativo que contiene el artículo 10.2 CE no puede servir como instrumento que conduzca a la desnaturalización de los derechos fundamentales proclamados por nuestra Norma Suprema. Tal argumentación merece ser valorada críticamente por su acentuado formalismo porque, como justamente enfatiza L. Gordillo, una cosa es entender que las cláusulas constitucionales de apertura permitan crear *ex novo* derechos fundamentales que no recoge la Constitución y otra muy diversa considerar que gracias a las mismas se abre puerta para la admisión “de la existencia de situaciones susceptibles de ser protegidas que aparecen vinculadas a preceptos que regulan derechos fundamentales no incluidos expresamente en la letra de la Constitución”.

Una actitud igualmente reluctante por parte del TC con respecto a asumir la interpretación aquilatada por el TEDH se pone de manifiesto en relación con la consideración del derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores como parte integrante del derecho a la vida familiar. El trabajo *¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida* elaborado por el profesor **J. Matia** se dedica a analizar la virtualidad operativa de tal derecho en nuestro ordenamiento jurídico, centrando su interés específico en el supuesto que se contempla en el artículo 89 del Código Penal y que prevé la expulsión de España de un extranjero que ha sido objeto de una condena privativa de libertad. Tras analizar de modo pormenorizado la evolución legislativa experimentada por dicho precepto, así como su entendimiento en sede jurisdiccional, se trae a colación la problemática específica que su aplicación genera cuando el sujeto expulsado tiene menores a su cargo.

Va a ser en este preciso eje temático en el que J. Matia se plantea la incógnita a despejar según aparece formulada en el título de su trabajo: ¿Los menores tienen derecho a no ser separados de sus progenitores? Para dar cumplida respuesta al reto planteado resulta imprescindible atender a cómo la misma viene abordada en sede europea, tanto en la jurisprudencia del TEDH como en el ámbito del derecho de la Unión. A este respecto, el capítulo analizado ofrece

un recorrido exhaustivo que toma como referentes los principales hitos ofrecidos por los dos ordenamientos aludidos y que conducen –de modo sustancialmente coincidente- a las siguientes conclusiones: En primer lugar, el disfrute por progenitores e hijos de su mutua compañía forma parte del derecho a la vida privada. Asimismo, los menores tienen derecho a no ser separados de su progenitores, con los que mantienen una relación de índole afectiva y económica. El deber de atender al interés superior del menor sirve de fundamento a las aseveraciones formuladas. Por otra parte, desde una perspectiva general, la expulsión de una persona se estima que siempre supone una injerencia en la vida privada. Si además, sobre dicha persona concurre la condición de progenitor con menores a su cargo la expulsión genera una indudable incidencia sobre el derecho a la vida familiar. De la conjunción de las aseveraciones expuestas se desprende que en la adopción de una medida de esta índole los Estados han de actuar teniendo siempre presente la necesidad de preservar el interés superior del menor y su derecho a la vida familiar. O dicho de otra manera, la concurrencia de una situación como la expuesta opera como causa que legitima la limitación de la aplicación de las causas legales de expulsión de extranjeros.

A una solución diversa arriba el TC en su sentencia 186/2013 y también en el auto 40/2017, en donde se afirma que la expulsión de un extranjero con menores a su cargo no genera una vulneración de la intimidad personal y familiar, puesto que éste se concreta en el respeto del ámbito reservado por el individuo para sí y su familia. Dicho ámbito, por lo demás, alcanza a determinados aspectos de la vida personal estrechamente vinculados a la familia. No obstante, la constatación de tal vinculación no puede servir para afirmar que la intimidad familiar incluye el derecho a la vida familiar, puesto que no se trata de cuestiones jurídicamente coextensas. Muy diversamente, en el supuesto contemplado, la expulsión de un progenitor con menores a su cargo afectará a la protección de la familia, así como al deber parental de asistir a sus hijos que aparecen recogidos respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 39 de la Constitución. No estamos, por lo tanto, ante derechos susceptibles de ser tutelados en amparo ante la jurisdicción constitucional.

Opina certeramente el profesor Matia que el TC “yerra” en su formulación, que reproduce la clásica construcción liberal del derecho analizado y que

propugna tanto la abstención de injerencias por parte de terceros como la obligación estatal de establecer un marco normativo orientado a impedir su lesión. Ahora bien, sin negar la pervivencia de tal planteamiento, lo cierto es que en la actualidad el derecho a la intimidad familiar ha incorporado nuevos contenidos que aparecen vinculados a decisiones adoptadas por los poderes públicos que “inciden en la relación familiar y, en especial, en el derecho de los hijos a convivir con sus progenitores que afectan al derecho a la intimidad familiar de las personas afectadas y a la intimidad personal de cada una de ellas”. Es en función de estas consideraciones que cobra sentido pleno la segunda frase que aparece en el título del trabajo analizado: “Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”. Este enunciado enlaza directamente con la postura mantenida por los magistrados Xiol, Asua y Valdés en el Voto Particular formulado en el Auto TC 40/2017 en el que subrayan que “las decisiones públicas que conllevan el distanciamiento entre miembros de una familia afectan siempre la intimidad familiar //...// y si hay menores de por medio, es obvio que también a sus derechos, que merecen una especial tutela por su situación de vulnerabilidad”. Asimismo, y para apuntalar tales consideraciones, los magistrados discrepantes recuerdan que el ámbito supranacional el derecho a la vida familiar incluye el derecho del menor a no verse separado de su progenitores.

Una luz netamente diversa se proyecta sobre el derecho estudiado en el capítulo dedicado al tema ***Orientación sexual y Derechos Humanos*** cuyo autor es **A. Arroyo**. A modo de arranque, se llama la atención sobre la existencia de una “presunción de heterosexualidad” que, como regla general, permea los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Es precisamente a partir de tal premisa que se enmarcan las distintas normativas internacionales y domésticas que protegen la orientación sexual, proscribiendo conductas discriminatorias. Gracias a la existencia de estas previsiones se han producido indudables avances en la consecución de la igualdad formal, lo que en modo alguno puede ocultar que la igualdad real o material de los colectivos LGTBI todavía se perfila como un objetivo todavía no alcanzado. En este sentido, el profesor Arroyo hace un especial y oportuno énfasis en la importancia de activar políticas públicas encaminadas a superar los prejuicios y estereotipos existentes en la realidad.

Centrando su atención en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH se recuerda la concepción muy amplia que este órgano mantiene en relación con el derecho a la vida privada y familiar. Por lo que respecta a la primera faceta, el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que no cabe prohibir en modo alguno la homosexualidad en tanto ésta se concrete en actos consentidos entre adultos. Lo contrario supone una injerencia intolerable en uno de los aspectos más íntimos de la vida privada. En relación con la dimensión familiar, se ha reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien su admisibilidad no se impone con carácter general sino que en se ha hace depender del margen de apreciación del que disponen los Estados. En la esfera nacional, A. Arroyo lleva a cabo un completo análisis tanto de las principales normas como de la jurisprudencia constitucional más relevante desde la perspectiva de su contribución significativa a la eliminación paulatina de los reductos discriminatorios que afectaban al colectivo LGTBI. La conclusión a la que se llega tras culminar el recorrido aludido no es otra que la existencia de mecanismos jurídicos que protegen la sexualidad de las personas que integran dicho colectivo, enmarcándose en su derecho a la vida privada. Lo que, sin lugar a dudas, supone un avance sustancial que debe ser valorado en términos positivos. Sin embargo, como el profesor Arroyo justamente señala, se trata de un avance insuficiente, puesto que la protección de la orientación sexual no puede quedar reducida –como en la actualidad sucede- al ámbito privado, requiriendo de modo imperativo la posibilidad de “vivirse en el espacio público sin más impedimentos que los existentes para los heterosexuales”. Planteada la cuestión en estos términos, la tutela de la orientación sexual no alude a un problema de intimidad sino, antes bien, de discriminación que es consecuencia directa de esa ya aludida presunción de heterosexualidad que impregna al ordenamiento jurídico. Se impone, pues, la necesidad de crear un entorno neutro en el que las opciones sexuales de los individuos no desplieguen efecto alguno sobre su estatuto iusfundamental.

Con esta última reflexión ponemos punto final al presente informe. No queremos terminar, empero, sin dejar constancia de la existencia de otras valiosas contribuciones contenidas en el volumen analizado, cuya detenida referencia no ha sido posible por la limitada extensión que presenta nuestra aportación. Me refiero a los capítulos elaborados por los profesores **J. M. Bilbao**, dedicado a *La vida*

*privada en el ámbito laboral*, en el que con su proverbial solvencia ofrece un completo análisis del estado de la cuestión, tanto en sede supranacional como en el ámbito interno; **G. López de la Fuente**, en el que se aborda la cuestión **De las reservas irlandesas a la CDFUE a la 'Revolución Tranquila': El proceso de modernización de Irlanda** y **M. Vargas**, analizando el tema **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**.