

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

EL PAPEL DEL ARTÍCULO 8 CEDH EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO

LARA REDONDO SACEDA

Investigadora predoctoral FPU-MECD

Universidad de Alcalá

Resumen

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que protege los derechos al respeto la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia– se ha configurado en estos setenta años de Convenio como uno de los escenarios habituales del desarrollo del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado. Esto parece justificarse en el contenido y estructura de este artículo y en las restricciones y limitaciones al ejercicio de estos derechos establecidas por su párrafo segundo.

En este marco, el objetivo de este artículo es analizar cuál ha sido el papel del artículo 8 CEDH en el desarrollo de estos estándares interpretativos y cómo ha influido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: *artículo 8 CEDH, margen de apreciación nacional, obligaciones positivas del Estado*

“The role of Art. 8 ECHR in the development of the margin of appreciation of the State and the doctrine of State’s positive obligations”

Abstract

Article 8 of the European Convention on Human Rights –which protects the right to respect for private and family life, home and correspondence– has been configured as a traditional place for the development of the margin of appreciation and the doctrine of State’s positive obligations. The scope and structure of this article and its limitation clause in the second paragraph seem to justify these developments.

In this context, the objective of this article is to analyse the role of Article 8 ECHR in the development of these interpretative standards and its influence in the European Court of Human Rights case-law.

Key words: *Article 8 ECHR, margin of appreciation of the State, State’s positive obligations*

SUMARIO¹: [I. INTRODUCCIÓN.](#) [II. EL ARTÍCULO 8 CEDH: UNA ESTRUCTURA Y CONTENIDO FAVORABLES PARA EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO.](#) 1. Los derechos del artículo 8 CEDH y su carácter evolutivo. 2. La noción de “respeto” y su importancia en el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado. 3. Las limitaciones del apartado segundo del artículo 8 CEDH y el margen de apreciación nacional. [III. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO EN EL DESARROLLO DEL ARTÍCULO 8 CEDH: DINAMISMO INTERPRETATIVO Y NUEVOS DERECHOS](#) 1. La integridad física y moral: la protección frente a la violencia de género. 2. La protección de los derechos sociales en el marco del artículo 8 CEDH: vivienda y protección de la salud. 3. La protección del medio ambiente en el marco de la vida privada y familiar y el domicilio [IV. LAS APORTACIONES AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL ARTÍCULO 8 CEDH.](#) 1. Las consideraciones morales y éticas y la interpretación evolutiva de los derechos. 2. Casos en los que apenas existe consenso europeo en la materia versus la relevancia de los intereses en conflicto. [V. CONCLUSIONES.](#) [VI. BIBLIOGRAFÍA.](#) [VII. TABLA DE JURISPRUDENCIA.](#)

I. INTRODUCCIÓN

Las doctrinas del margen de apreciación nacional y las obligaciones positivas de los Estados han supuesto dos de las derivas interpretativas más importantes en estos setenta años de Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH, el Convenio o el Convenio Europeo).

Por otro lado, el artículo 8 CEDH² parece configurarse como uno de los derechos más versátiles y dinámicos del Convenio, dando lugar a una jurisprudencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, el Tribunal o el Tribunal Europeo) que se ha tildado de constructiva y evolutiva por parte de la doctrina científica. Asimismo, este artículo 8 se ha desarrollado como un escenario habitual de expansión y aplicación de las doctrinas del margen de apreciación nacional y las obligaciones positivas de los Estados, dando lugar a una prolífica jurisprudencia y contribuyendo, de manera notable, a su desarrollo.

* Este artículo se ha elaborado en el marco de las I Jornadas “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Setenta Aniversario” dirigidas por el Prof. Dr. Germán Teruel Lozano.

² Artículo 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En este contexto, el presente artículo tiene el objetivo de reflexionar sobre cuál ha sido el papel del artículo 8 CEDH en la construcción de estas doctrinas convencionales. Para ello, el análisis se estructura en tres partes. En primer lugar, una reflexión sobre cómo la estructura y el contenido del artículo 8 CEDH parecen favorecer la aplicación del margen de apreciación y la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados teniendo en cuenta tres cuestiones: el propio contenido del artículo 8, su redacción y la cláusula de limitación contenida en su apartado segundo. En segundo lugar, se pretende analizar cómo ha sido la implementación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado en el marco de este artículo. Por último, se realiza una aproximación sobre el desarrollo jurisprudencial del artículo 8 en relación con el margen de apreciación nacional y sus aportaciones a su construcción y consolidación en relación con los demás derechos del CEDH.

II. EL ARTÍCULO 8 CEDH: UNA ESTRUCTURA Y CONTENIDO FAVORABLES PARA EL MARGEN DE APRECIACIÓN Y LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO

La configuración convencional del artículo 8 CEDH permite entender que estamos ante una previsión que, en cierta medida, favorece la aplicación del margen de apreciación nacional y el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado por parte del Tribunal Europeo. Esto se debe, principalmente, a tres cuestiones: las características de los derechos reconocidos en este artículo, la noción de respeto que se incorpora en su primer párrafo y las cláusulas de limitación o restricción que configuran su segundo párrafo.

1. Los derechos del artículo 8 CEDH y su carácter evolutivo

Los cuatro derechos reconocidos en el primer apartado del artículo 8 CEDH – respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia– son derechos con una profunda incidencia en las raíces sociales y culturales de la sociedad europea y, por ello, sujetos a una continua evolución y cambio constante³. Pero, además, esa carga social y cultural da lugar a la necesidad de una cierta delicadeza a la hora de definir el

³ Vid ROAGNA, I., *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks, Strasbourg. 2012, pp.7-8. Disponible online: https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Roagna2012_EN.pdf

contenido de los derechos, puesto que afectan a esferas del individuo –y de la familia– especialmente sensibles⁴.

Por otro lado, la redacción del artículo 8 CEDH se caracteriza por una cierta indefinición y generalidad⁵. Se trata de una las disposiciones más abiertas del Convenio, precisando, con ello, un mayor esfuerzo de desarrollo por parte del TEDH. Ahora bien, este esfuerzo, aunque ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, no ha implicado una definición concreta para estos derechos –especialmente en lo que concierne a la vida privada y a la vida familiar–, sino que el TEDH ha optado por desarrollar una jurisprudencia dinámica y constructiva⁶, caracterizada por la ausencia de una definición exhaustiva⁷ y fundamentada en una dinámica *case by case*⁸.

Por ello, bajo el paraguas protector del artículo 8 CEDH se han desarrollado múltiples contenidos que han ido creciendo ligados al propio desarrollo social en el continente europeo y en el marco de esa dinámica *case by case*. Así, bajo la protección de la vida privada, el TEDH ha determinado los siguientes contenidos: a) protección de la integridad física y moral⁹, b) privacidad¹⁰, c) identidad y autonomía¹¹. En el marco

⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵ García Roca se refiere, en este sentido, a que el artículo 8 CEDH se configura como una cláusula general y horizontal que ha dado lugar a una gran amplitud de contenido. Cfr. GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 272.

⁶ Cfr. SUDRE, F. “Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale” en SUDRE, F. [dir], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Nemesis Bruyillant. Bruxelles. 2002, p. 11-54; SUDRE, F. “Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée” en SUDRE, F. *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*. Nemesis Bruyillant. Bruxelles. 2005. pp. 11-53. También. ALMEIDA, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Juruá Editorial, Lisboa, 2015. 73-75.

⁷ Vid. SANTOLAYA, P. “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)” en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. [coords.], *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC. Madrid. 2014, p. 430.

⁸ Esto es, en lugar de definir un contenido para estos derechos, el TEDH ha optado por determinar si cada caso que se le presenta es un asunto protegible en el ámbito del artículo 8 CEDH. A este respecto, ROAGNA, I., *Protecting...*cit. 12, 17 y 88.

⁹ Incluyendo aquí la protección de las víctimas de violencia de género, los derechos reproductivos, la protección sanitaria en relación con tratamientos médicos forzados, enfermedades mentales y el acceso a cuidados y tratamientos médicos, eutanasia, vida privada de personas con discapacidad, asuntos relativos a enterramientos, protección del medio ambiente, orientación sexual y vida sexual, actividades profesionales. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg, 2017, pp. 16-25. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf

¹⁰ Donde se incluye la protección de la propia imagen y el honor, la protección de datos personales, el derecho de acceso a la información personal y, en particular, de salud, vigilancia policial y privacidad durante la detención. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...*cit. pp. 25-33.

de la vida familiar, el Tribunal Europeo ha definido los siguientes contenidos: a) protección de parejas no matrimoniales¹², b) derechos de los padres y madres¹³, c) derechos de los menores¹⁴, d) relaciones con otros miembros de la familia¹⁵, e) vida familiar de los extranjeros¹⁶. En relación con el respeto del domicilio, el TEDH incluye: a) la protección de la vivienda¹⁷, b) protección del domicilio de personas jurídicas¹⁸, c) protección del medio ambiente¹⁹. Por último, en el marco del respeto a la correspondencia, el Tribunal ha configurado: a) la protección de la correspondencia de los internos penitenciarios²⁰, b) la protección de la correspondencia de los abogados²¹, c) límites a la vigilancia de comunicaciones en contextos de investigaciones penales²²;

¹¹ Forman parte de este contenido el desarrollo personal y la autonomía, el derecho conocer los propios orígenes, la protección de las convicciones morales y religiosas, la protección de las opciones personales en relación con la apariencia, el derecho al nombre y a la identidad, el derecho a la identidad de género y a la identidad étnica, derechos de asilo y protección frente a la apatridia, y los derechos relativos a la filiación. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 33-37.

¹² Lo que incluye uniones convivenciales, parejas de hecho y uniones no matrimoniales de facto, además de la protección de parejas del mismo sexo. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* p. 39.

¹³ Protección en el marco de las técnicas de reproducción asistida y respeto a la decisión de convertirse en progenitores genéticos. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* p. 40

¹⁴ Esta extensa categoría incluye el derecho a que padres e hijos disfruten de su compañía y tiempo juntos, la protección de los lazos entre madre biológica y menor, protección de los lazos entre padre biológico y menor, permisos parentales, guarda, custodia y derechos de contacto, secuestro internacional de menores, adopción y acogida, autoridad parental y custodia de menores por parte del Estado. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 41-46.

¹⁵ Protección de relaciones entre hermanos, abuelos y nietos y derechos familiares de los internos penitenciarios. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 47-48.

¹⁶ Bajo esta categoría se agrupan los casos concernientes a derechos de menores en centros de detención, reunificación familiar y límites a deportaciones y expulsiones. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 48-50.

¹⁷ Esta protección incluye a propietarios, tenedores y ocupantes no autorizados, minorías y personas vulnerables e inviolabilidad del domicilio. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 54-60.

¹⁸ Empresas, despachos de abogados y medios de comunicación. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* p. 61.

¹⁹ En conexión con la vida privada y familiar, este contenido incluye la protección frente a ruidos, contaminación ambiental y actividades potencialmente peligrosas. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 62-64.

²⁰ Incluyendo, correspondencia escrita, conversaciones telefónicas, correspondencia entre prisioneros y sus abogados, correspondencia con el tribunal, correspondencia con periodistas, correspondencia entre médicos y prisioneros, correspondencia entre prisioneros y otras direcciones, como comunicaciones al Defensor del Pueblo u ONGs. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 68-76.

²¹ En este caso, se incluyen las comunicaciones entre abogado y cliente y los archivos físicos escritos, los datos electrónicos y discos duros de los despachos de abogados. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* pp. 76-77.

²² Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide...cit.* p. 78-79.

d) protección de la correspondencia de individuos, profesionales y empresas²³, f) límites a las vigilancias secretas de ciudadanos y organizaciones²⁴.

En este contexto, no es de extrañar que el artículo 8 CEDH se haya configurado como un escenario habitual de la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado y del margen de apreciación nacional²⁵. Por un lado, aunque los bienes jurídicos protegidos por este artículo parecen obedecer a un principio general de no interferencia pública en el ejercicio de los derechos²⁶, el TEDH ha establecido que su protección no se limita a esa no injerencia, sino que también implica la asunción por parte de los Estados de obligaciones positivas que permitan la protección y el correcto ejercicio de los derechos²⁷. Una interpretación que, como se verá más adelante, ha dado lugar a una extensión del contenido de los derechos reconocidos, posibilitando la protección de derechos sociales²⁸, derechos reproductivos²⁹, derechos medioambientales³⁰, entre otros.

Por otro lado, el carácter social y cultural de los derechos reconocidos, los ámbitos especialmente sensibles sobre los que se proyecta –privacidad, identidad y autonomía, relaciones familiares y relaciones de pareja, protección del domicilio y de la vivienda, protección de la correspondencia– y su desarrollo ligado a la propia evolución de la sociedad europea conlleva, como veremos, una gran incidencia de aplicación del

²³ *Ibíd.*, p. 79.

²⁴ *Ibíd.*, p. 80.

²⁵ GARCÍA ROCA, J., *El margen...* cit. p. 273.

²⁶ Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X. “Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar” en LASAGABASTER HERRARTE, I. [dir.], *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson Reuters Civitas, Pamplona, 2015, p. 350.

²⁷ Entre otras: *Evans c. Reino Unido*, STEDH de 10 de abril de 2007, §75. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-2761>. En este sentido, Encarna Carmona Cuenca indica que el TEDH es la primera instancia internacional en reconocer que los derechos convencionales pueden generar obligaciones positivas para los Estados y no solo negativas. Cfr. CARMONA CUENCA, E., “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 100, pp. 1216. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20731>

²⁸ Principalmente, derechos relacionados con la protección de la salud y la protección de la vivienda. Vid. CARMONA CUENCA, E., “Derechos sociales...” cit.

²⁹ Sobre la protección de los derechos reproductivos en la jurisprudencia del TEDH vid.: DÍAZ CREGO, M., “Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo” en CARMONA CUENCA, E. [coord.], *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 149-184.

³⁰ Vid. GORDILLO PÉREZ, L.I. “La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio” en MATÍA PORTILLA, F.J. y LÓPEZ DE LA FUENTE, G., *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.85-114.

margen de apreciación nacional a la hora de establecer si un Estado ha interferido injustificadamente en el ejercicio del derecho. Estamos ante ámbitos de protección que, de una parte, provocan el disenso entre los Estados y, de otra parte, dan lugar a un mayor desarrollo por parte del TEDH, lo que, inevitablemente, desemboca en una mayor aplicación de este margen de apreciación nacional³¹.

2. La noción de “respeto” y su importancia en el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado

El artículo 8 CEDH es el único de los derechos que conforman el Convenio Europeo que incluye en su redacción la palabra “respeto”. Esto es, no se protege el derecho a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia, sino que se protege el derecho a que se respeten estos bienes jurídicos.

La introducción de esta noción de respeto se entendió, inicialmente, como un mecanismo para debilitar la protección dispensada por el artículo 8 CEDH, permitiendo un mayor margen de actuación a los Estados³² e, incluso, se llegó a considerar que la protección dispensada por éste sería más limitada que la de otros derechos del CEDH³³.

En cambio, el desarrollo jurisprudencial del TEDH en relación con este artículo 8 CEDH ha puesto de manifiesto lo contrario. De una parte, la indeterminación de la formulación de este artículo con esta noción de respeto ha dado lugar, como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, a una jurisprudencia dinámica y constructiva y, con ello, a la extensión del abanico de contenidos protegidos al amparo del artículo 8 CEDH. De otra parte, esta formulación, inicialmente considerada más débil y con mayor margen de actuación para los Estados, ha permitido de manera importante el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado³⁴. Precisamente, el hecho de que el artículo 8 implique el “respeto” a la vida privada, la

³¹ Cfr. YOUROW, H. C. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhof Publishers, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1996, p. 55. También: ROAGNA, I. *Protecting...* cit. p. 7.

³² Cfr. FAWCETT, J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*. Oxford at the Clarendon Press, 1969, p. 186 y JANIS, M. W., KAY, R.S., BRADLEY, A. W., *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2008, p. 374.

³³ Vid. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho judicial*, N°22, 1996, pp. 49-98.

³⁴ En este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN, X. “Artículo 8...” cit. pp. 340-341; LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., “El derecho...” cit.

vida familiar, el domicilio y la correspondencia es lo que llevó, en un primer momento, al TEDH a entender que existían obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de estos derechos³⁵.

Ahora bien, aunque el Tribunal ha establecido que la noción de “respeto” en el marco del artículo 8 CEDH implica una obligación para los Estados de actuar de manera que se garantice el ejercicio de los derechos reconocidos³⁶, la indeterminación de esta noción, junto con la naturaleza subsidiaria del TEDH, ha llevado a entender que el cumplimiento de estas obligaciones positivas está resguardado por un amplio margen de apreciación para los Estados en relación con qué actuaciones llevar a cabo y qué recursos emplear para cumplir esas obligaciones y garantizar el cumplimiento del CEDH³⁷.

3. Las limitaciones del apartado segundo del artículo 8 CEDH y el margen de apreciación nacional

Junto con los artículos 9 a 11 CEDH, el artículo 8 forma parte de los llamados *qualified rights*³⁸ –derechos condicionales o restringidos³⁹– por contar en su configuración con un segundo apartado que integra una serie de limitaciones y restricciones a su ejercicio. Así, este apartado segundo del artículo 8 implica que: “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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

³⁵ Marckx c. Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979, §31.

³⁶ Además de Marckx c. Bélgica ya citado, ver también Draon c. Francia, STEDH de 6 de octubre de 2005, §106.

³⁷ A este respecto: Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido, STEDH de 28 de mayo de 1985, §67 y Draon c. Francia, §107.

³⁸ Entre otros: WHITE, R. C. A., ; OVEY, C. *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010. p. 9.

³⁹ QUESADA POLO, S. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Apuntes sobre el sistema de control del Convenio”. *Anales De Derecho*, 16, p. 166. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81281>

Precisamente, la existencia de este apartado segundo y, en particular, la exigencia de que la medida limitativa de los derechos sea “necesaria en una sociedad democrática” se configura como el punto de inflexión para la aplicación del margen de apreciación nacional. Esta exigencia implica que cuando un Estado interfiere en el ejercicio de alguno de los cuatro de derechos reconocidos en el apartado primero debe justificar que su interferencia es relevante, suficiente, necesaria y, lo más importante, que responde a una “necesidad social apremiante” –“*pressing social need*”⁴⁰. Y es precisamente en la valoración de la existencia de esa “necesidad social apremiante” cuando el TEDH considera la aplicación de margen de apreciación nacional, teniendo en cuenta el equilibrio entre los intereses individuales y los generales⁴¹.

Para el TEDH, los Estados se encuentran en una posición más ventajosa para evaluar, inicialmente, si existe una necesidad social apremiante que justifique la medida estatal de restricción de los derechos. De hecho, el propio artículo 8.2 recoge un listado de motivos que amparan la injerencia pública en el ejercicio del derecho y que permiten justificar que, efectivamente, la medida responde a esa necesidad. Por tanto, puede entenderse, en cierta medida, lógico que, de manera inicial, los Estados puedan disponer de un margen de maniobra, puesto que el propio artículo 8 CEDH parece otorgarlo⁴². Ahora bien, como recuerda constantemente el Tribunal Europeo, esa posición privilegiada del Estado no exime a sus actuaciones de la revisión convencional, sino que le obliga a respetar la debida proporcionalidad en sus actuaciones y, en su caso, someterse a que el Tribunal considere si las razones aducidas para justificar la interferencia en cuestión son relevantes y suficientes⁴³.

⁴⁰ A este respecto: Guimon c. Francia, STEDH de 11 de abril de 2019, §44, Asimismo, Cfr. ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, pp. 11-12.

⁴¹ Vid. Hämäläinen c. Finlandia, STEDH de 16 de julio de 2014, §65. Cfr. GARCÍA ROCA, J., *El margen...cit.* p.p. 275 y 277. ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin... cit.* pp. 12 y 63.

⁴² No obstante, también se entiende que el párrafo segundo del artículo 8 CEDH no tiene el objetivo de otorgar tal margen de maniobra, sino de limitar y restringir las posibles injerencias de los Estados en el ejercicio de los derechos reconocidos en el primer párrafo. A este respecto: COUSSIRAT-COUSTERE, V. “Article 8 § 2” en PETTITI, L.E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.H., *La Convention Européenne des droits de l’homme*, Economica, Paris, 1999, p. 328.

⁴³ Vid. Libert c. Francia, STEDH de 22 de febrero de 2018, §47. Además, GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2019, pp. 107-109.

III. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO EN EL DESARROLLO DEL ARTÍCULO 8 CEDH: DINAMISMO INTERPRETATIVO Y NUEVOS DERECHOS

Como se viene diciendo, aunque el artículo 8 CEDH tiene el objetivo esencial de impedir la injerencia arbitraria de los Estados en el ejercicio de los derechos reconocidos, el TEDH entendió muy pronto que la garantía de la vida privada, la vida familiar, el domicilio y la correspondencia podían requerir, también, un esfuerzo de acción positiva por parte de los poderes públicos. Es más, es en el marco del artículo 8 CEDH donde el TEDH entiende, por primera vez, que los derechos convencionales implican obligaciones positivas para los Estados, además de negativas. Primero, en el Caso Lingüístico Belga el Tribunal Europeo apuntó, en el marco del artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH en relación con el artículo 8 CEDH, a la posibilidad de que los derechos convencionales pudieran generar obligaciones positivas para los Estados además de negativas⁴⁴. Pero es en *Marckx contra Bélgica* –relativo al régimen familiar aplicable en relación con los menores nacidos fuera del matrimonio– cuando el TEDH, en relación con el derecho al respeto de la vida familiar, afirma que el artículo 8 “no solo obliga al Estado a abstenerse de dicha interferencia: además de esta empresa principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar”⁴⁵. Este reconocimiento implicó, para el caso *Marckx*, que los Estados debían recoger en sus ordenamientos jurídicos el régimen legal aplicable a los lazos familiares de madres solteras y sus hijos e hijas. Eso sí, el TEDH no determinó cuál debía ser ese régimen legal, sino que estableció que el Estado podría elegir entre varios medios siempre que existiera una previsión legal que regulara esa situación jurídica⁴⁶.

Pero, además de tener su origen en el propio artículo 8, la doctrina de las obligaciones positivas ha dado pie a una extensión y evolución de los contenidos de este artículo más allá de lo previsible inicialmente, llegando a proteger derechos que ni siquiera están en el propio Convenio Europeo.

⁴⁴ Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, STEDH de 23 de Julio de 1968.

⁴⁵ *Marckx c. Bélgica*, §31.

⁴⁶ *Ídem*.

1. La integridad física y moral: la protección frente a la violencia de género

Si bien el artículo 3 CEDH configura la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, ha sido en el seno del artículo 8 CEDH donde el TEDH ha desarrollado un derecho de los individuos a que el Estado les garantice un derecho a la integridad física y psicológica, bien bajo la exclusiva protección del respeto a la vida privada, bien en conexión con los artículos 2 y 3 CEDH. Así, en el caso X e Y c. Países Bajos, el Tribunal Europeo entendió por primera vez que, derivada del artículo 8 CEDH, existe una obligación de los Estados de actuar para preservar esa integridad física y moral por entender que es parte esencial de la vida privada⁴⁷.

Ahora bien, ¿qué ha supuesto la incorporación de este contenido al ámbito de protección de la vida privada? Para el TEDH, el cumplimiento de esta obligación por parte de los Estados puede implicar la adopción de medidas específicas, incluyendo la provisión de medios efectivos y accesibles que permitan una protección efectiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar⁴⁸. Este desarrollo ha sido esencial en el marco de la protección frente a las víctimas de violencia, especialmente en relación con mujeres y niños⁴⁹. En el caso Bevacqua c. Bulgaria, el TEDH afirma, por un lado, que la especial vulnerabilidad de las mujeres y los menores víctimas de violencia doméstica requiere, de manera necesaria, la participación activa del Estado en su protección⁵⁰.

Por otro lado, en el ámbito de las agresiones sexuales a mujeres y niños, el TEDH se ha servido del artículo 8 CEDH y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado para afirmar que es necesario que los Estados cuenten con disposiciones legales eficaces en el ámbito penal que permita salvaguardar el derecho a la vida privada de las víctimas en el marco de su integridad física y moral⁵¹, así como contar con unas medidas adecuadas de reparación⁵² y de investigación penal efectiva⁵³.

⁴⁷ X e Y c. Países Bajos, STEDH de 26 de marzo de 1985, §§22-23.

⁴⁸ Airey c. Irlanda, STEDH de 9 de octubre de 1979, §33.

⁴⁹ Sobre esta cuestión vid. QUERALT JIMÉNEZ, A. “La violencia contra las mujeres. Sistema Europeo” en CARMONA CUENCA, E. (coord.), La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, CEPC, Madrid, 2015 pp. 209-247.

⁵⁰ Bevacqua c. Bulgaria, STEDH de 12 de junio de 2008, §§64-65.

⁵¹ X e Y v. Países Bajos, § 27; MC v. Bulgaria, STEDH de 4 de diciembre de 2003 §150 y §185, MGC v. Rumania, STEDH de 15 de marzo de 2016 §74, A y B v. Croacia, STEDH de 20 de junio de 2019, §112.

⁵² CAS y CS v. Rumania, § 72

⁵³ MC v. Bulgaria, § 152; A , B y C v. Letonia, § 174

2. La protección de los derechos sociales en el marco del artículo 8 CEDH: vivienda y protección de la salud

Si bien el CEDH no reconoce la protección de derechos sociales⁵⁴, el TEDH, mediante la aplicación de las obligaciones positivas del Estado, se ha permitido extender ámbito de protección del artículo 8 CEDH a una cierta protección de la vivienda –en el marco del derecho al respeto del domicilio–y de la salud de los individuos –en el marco del derecho al respeto de la vida privada–.

En relación con la protección de la vivienda, de acuerdo con el TEDH es posible entender que el derecho al respeto del domicilio incluye el derecho al disfrute tranquilo, pacífico de esa vivienda (entendida como el área física real del domicilio). Para el Tribunal Europeo, el domicilio es el lugar físico que permite desarrollar con plenitud la vida privada y la vida familiar. Por eso, la privación de la vivienda debe considerarse como una forma extrema de interferencia en el derecho al respeto del domicilio⁵⁵. Eso sí, en todo caso debe tenerse en cuenta que el artículo 8 CEDH solo será aplicable si el justiciable ya goza de esa vivienda, pero no es posible proteger en el marco de este artículo el derecho a tener un domicilio⁵⁶.

Si bien la protección tradicional del domicilio se ha desarrollado en relación con la no injerencia arbitraria de las autoridades públicas en el mismo⁵⁷, el TEDH ha determinado que la protección efectiva de este domicilio puede requerir de la acción positiva de los Estados⁵⁸. Esto ha permitido al Tribunal entender que se han producido vulneraciones del artículo 8 CEDH en caso de desalojos forzados⁵⁹, viviendas ocupadas⁶⁰ y destrucción de vivienda por parte del Estado⁶¹.

Por último, El TEDH ha reconocido el derecho de los miembros perteneciente a minorías a mantener su identidad étnica y desarrollar una vida privada y familiar que

⁵⁴ Vid. CARMONA CUENCA, E, cit.

⁵⁵ Connors c. Reino Unido, STEDH de 9 de octubre de 2003, §92.

⁵⁶ Chapman c. Reino Unido, STEDH de 18 de enero de 2001 § 99.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la configuración constitucional española del artículo 18.3 CE.

⁵⁸ Novoseletskiy v. Ucrania, § 68

⁵⁹ Connors c. Reino Unido.

⁶⁰ Karner v. Austria, §§ 41-43; Kozak v. Polonia, § 99.

⁶¹ Son numerosos los casos contra Turquía por esta cuestión. Entre otros, Akdivar y otros contra Turquía, STEDH de 16 de septiembre de 1996, Selçuk y Asker contra Turquía, STEDH de 24 de abril de 1998, Menteş y otros contra Turquía, STEDH de 28 de noviembre de 1997.

esté en conformidad con sus propias tradiciones⁶². En este marco, ha considerado que la vida nómada ejercida mediante la vivienda en caravanas forma parte de la identidad y las tradiciones de ciertos grupos, de manera que las medidas relativas al estacionamiento de caravanas pueden afectar a la capacidad de ciertos colectivos de mantener su identidad y de conducir su vida privada y familiar de acuerdo con sus tradiciones⁶³.

En otro orden, en el ámbito de protección de la vida privada, el TEDH ha creado un cierto resguardo de la salud, bajo la exigencia de obligaciones positivas a los Estados, en relación con dos cuestiones: las enfermedades mentales y el acceso a cuidados y tratamientos.

En el ámbito de la protección de individuos con enfermedades mentales, el Tribunal Europeo ha establecido que la salud mental es una parte fundamental de la vida privada, en conexión con la integridad moral⁶⁴. Por ello, el TEDH entiende que la preservación de esta estabilidad mental se constituye como una condición previa e indispensable para el disfrute efectivo de la vida privada, en el marco del derecho a la identidad y el desarrollo personal, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior⁶⁵.

La exigencia de obligaciones positivas de los Estados en relación con las enfermedades mentales se ha desarrollado de manera importante en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos. Así, el TEDH ha establecido que los Estados, en el marco de las obligaciones derivadas del artículo 8 CEDH, deben proporcionar una protección efectiva a las personas con enfermedad mental en los ámbitos de aplicación del derecho a la vida privada y familiar, especialmente cuando los hijos de una persona con enfermedad mental son atendidos por el Estado. Así, en *B contra Rumanía*⁶⁶ y *K. y T. contra Finlandia*⁶⁷, el Tribunal Europeo indicó que los poderes públicos deben garantizar que las personas con enfermedad mental o discapacidad puedan participar de manera efectiva en los procedimientos relación con sus hijos. En este ámbito, el TEDH

⁶² Asuntos *Chapman c. Reino Unido*, §73; *McCann c. Reino Unido*, STEDH de 24 de febrero de 1995, §55.

⁶³ Asuntos *Chapman c. Reino Unido*, §73; *Connors c. Reino Unido*, §68; *Wells c. Reino Unido*, Decisión de 16 de enero de 2007.

⁶⁴ Asunto *Bensaid c. Reino Unido*, STEDH de 6 de febrero de 2001, §47

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ *B. c. Rumanía N°2*, STEDH de 19 de febrero de 2013, §117.

⁶⁷ *K. y T. c. Finlandia*, STEDH de 3 de julio de 2012, §§212 y ss.

ha declarado, recientemente, la vulneración del artículo 8 CEDH por las restricciones a los derechos de visita y deberes de custodia de un padre con enfermedad mental en relación con su hija de cuatro años. En *Cînța contra Rumanía*⁶⁸, el TEDH declaró que, aunque el Tribunal acepta que la enfermedad mental puede ser un factor relevante a tener en cuenta a la hora de evaluar la capacidad de los padres de cuidar a sus hijos, éste no puede ser un factor único y decisivo para valorar dicha capacidad y, con ello, limitar el contacto entre padres e hijos⁶⁹.

Por otro lado, en relación con el acceso a tratamientos médicos y cuidados, el TEDH admite que, aunque no existe un derecho a la salud reconocido por el Convenio Europeo, los Estados contratantes tienen obligaciones positivas en este ámbito exigibles a la luz de los artículos 2 y 8 CEDH⁷⁰. Estas obligaciones se proyectan sobre la necesidad de que los hospitales públicos y privados adopten medidas adecuadas para la protección de la integridad física de los pacientes, así como sobre la necesidad de que las víctimas de negligencias médicas puedan acceder a procedimientos adecuados para obtener la reparación correspondiente⁷¹.

En cambio, en lo relativo al acceso a cuidados y a los servicios de salud, el Tribunal Europeo ha adoptado una posición más prudente. Por un lado, el Tribunal recuerda que estableciendo que, aunque el Convenio no garantiza como tal el derecho a la atención médica gratuita, sí es posible, en el marco del artículo 8 CEDH, plantear quejas sobre financiación pública en relación con la calidad de vida de personas con discapacidad física o enfermedades mentales⁷². Ahora bien, las controversias que implican el establecimiento de prioridades en relación con la asignación de recursos públicos limitados implican la aplicación de un margen de apreciación nacional más amplio debido a los Estados se encuentran en una posición más ventajosa y familiar para decidir qué medidas adoptar al respecto y, sobre todo, cómo afrontar el coste económico que ese acceso implicaría⁷³.

⁶⁸ STEDH de 18 de febrero de 2020.

⁶⁹ Asunto *Cînța contra Rumanía*, §§68 y ss.

⁷⁰ Entre otras, Asunto *Benderskiy c. Ucrania*, STEDH de 15 de noviembre de 2007, §§ 61-62.

⁷¹ Entre otras, Asuntos *S.B. c. Rumanía*, STEDH de 23 de septiembre de 2014, §§ 65-66, y *Vasileva c. Bulgaria*, STEDH de 17 de marzo de 2016 § 63.

⁷² Asunto *Zehnalová y Zehnal c. República Checa*, Decisión de 14 de mayo de 2002.

⁷³ Asuntos *Osman c. Reino Unido*, STEDH de 28 de octubre de 1998, § 116 y *Pentiacova y otros c. Moldavia*, Decisión de 4 de enero de 2003.

3. La protección del medio ambiente en el marco de la vida privada y familiar y el domicilio

Al igual que ocurre con la protección de los derechos sociales, no es posible encontrar entre los artículos del Convenio Europeo un derecho al disfrute de un medio ambiente saludable. Ahora bien, el TEDH ha configurado una protección del individuo al respecto estableciendo que el efectivo disfrute del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio requiere, en todo caso, la existencia de unas condiciones ambientales adecuadas⁷⁴.

En este marco, el Tribunal Europeo ha determinado que la garantía efectiva del artículo 8 CEDH en materia de protección del medio ambiente exige el cumplimiento del Estado de una serie de obligaciones positivas dirigidas a tomar medidas razonables y apropiadas que permitan garantizar la protección de la vida privada y familiar y del domicilio⁷⁵. Este desarrollo ha permitido que el TEDH haya encontrado vulneración del artículo 8 CEDH por inadecuada protección de los individuos por parte del Estado frente a ruidos excesivos⁷⁶, contaminación derivada de fábricas⁷⁷ y plantas de tratamiento de residuos⁷⁸, así como insuficiencia de información relacionada con riesgos ambientales⁷⁹. En este sentido, es necesario apuntar que la responsabilidad del Estado en relación con el artículo 8 CEDH se produce independientemente del origen público o privado de la acción que da lugar a la vulneración⁸⁰.

Recientemente, el Tribunal Europeo ha valorado un nuevo caso en el marco de esta protección medioambiental relativo al derecho de acceso al agua potable. En *Hudorovic contra Eslovenia*⁸¹, el TEDH indica que, aunque este acceso al agua potable no es un derecho protegido por el Convenio Europeo, sí debe tener en cuenta el hecho de que los seres humanos no pueden vivir sin agua y que una falta persistente y

⁷⁴ *López Ostra c. España*, STEDH de 9 de diciembre de 1994, *Hatton y otros c. Reino Unido*, STEDH de 8 de julio de 2003, *Guerra y otros c. Italia*, STEDH de 19 de febrero de 1998.

⁷⁵ *Moreno Gómez c. España*, STEDH de 16 de noviembre de 2004 y *Cuenca Zarzoso c. España*, STEDH de 16 de enero de 2018.

⁷⁶ *Moreno Gómez c. España y Cuenca Zarzoso c. España*, *Hatton y otros c. Reino Unido*.

⁷⁷ *Fadeyeva c. Rusia*, STEDH de 9 de junio de 2005.

⁷⁸ *Giacomelli c. Italia*, STEDH de 2 de noviembre de 2006.

⁷⁹ *Tătar c. Rumania*, STEDH de 27 de enero de 2009.

⁸⁰ *López Ostra c. España*, §51; *Giacomelli c. Italia*, §78

⁸¹ STEDH de 10 de marzo de 2020.

duradera de acceso al agua potable puede, por su propia naturaleza, tener consecuencias adversas para la salud y la dignidad humana, erosionando la vida privada y el disfrute del domicilio en el marco del artículo 8 CEDH (§116). Ahora bien, la exigencia a los Estados de obligaciones positivas vendrá determinada por la situación específica de los individuos afectados y por la situación económica y social del propio Estado. En relación con el sistema de aguas, el Tribunal considera que es razonable que las autoridades públicas asuman la obligación de prestar el servicio y que los propietarios se encarguen de la instalación de las conexiones necesarias en sus domicilios (§146). También considera que, de acuerdo con la situación económica del Estado, es conforme al CEDH que se propongan soluciones alternativas en lugares que aún no tienen acceso a sistemas públicos de suministro de agua, como sistemas de recolección de aguas de lluvia o instalación de tanques de agua individuales (§146).

IV. LAS APORTACIONES AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL ARTÍCULO 8 CEDH

El desarrollo jurisprudencial del margen de apreciación nacional en el marco del artículo 8 CEDH parece haberse producido en dos vertientes. De una parte, un desarrollo específico en el contexto de los propios derechos reconocidos por esta previsión convencional⁸². Es decir, el TEDH ha delimitado el margen de apreciación del que gozan los Estados atendiendo a las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta, por ejemplo, si la medida restrictiva del derecho en cuestión afecta a una faceta especialmente importante para la existencia o la identidad del individuo⁸³. De otra parte, un desarrollo de factores generales a tener en consideración para valorar el margen de apreciación del que gozan los Estados y que son aplicables a la generalidad de los derechos del CEDH⁸⁴.

Puesto que el objetivo de este artículo es el análisis de las aportaciones del artículo 8 CEDH a la construcción del margen de apreciación nacional, este apartado se va a dedicar a dos de esos factores generales que se han articulado en el marco de este artículo 8 y que pueden ser aplicados al resto del CEDH.

⁸² Cfr. ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin...* cit. p. 63 y ss.

⁸³ En este sentido, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, STEDH de 11 de julio de 2002, § 90.

⁸⁴ Cfr. ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin...* cit. pp. 82 y ss.

1. Las consideraciones morales y éticas y la interpretación evolutiva de los derechos

Como ya se ha mencionado, los derechos del artículo 8 CEDH atienden bienes jurídicos particularmente sensibles para el desarrollo social y cultural europeo y, con ello, tienen una incidencia moral importante que los hace susceptibles de una mayor aplicación del margen de apreciación. Así, el TEDH ha entendido que cuando un caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación del que gozan los Estados será más amplio⁸⁵. Esta consideración ha tenido importantes repercusiones en asuntos relativos al acceso a técnicas de reproducción humana asistida. En *S.H. y otros c. Austria* el TEDH determinó que el hecho de que un Estado no permitiera el acceso a determinadas técnicas entraba dentro de su margen de apreciación al tener en cuenta, de manera importante, las controversias morales y éticas a las que dan lugar los avances científicos en materia de reproducción asistida⁸⁶. No obstante, a pesar de esta importancia y del amplio margen otorgado a los Estados, el Tribunal también entendió que las consideraciones morales y éticas son insuficientes por sí mismas para determinar si la actuación del Estado es o no acorde con el respeto al artículo 8 CEDH, siendo necesario que se valoren los distintos intereses legítimos involucrados⁸⁷.

La argumentación relativa a las condiciones morales y éticas de un Estado también ha sido utilizado para ampliar el margen de apreciación en relación con la protección de la relación de parejas homosexuales y la vida familiar de las personas transgénero. En *X, Y y Z c. Reino Unido* el TEDH analizó el caso de un hombre transgénero que solicitaba que el menor que su pareja había dado a luz fuera registrado como hijo suyo con sus apellidos. Ante la ausencia de vínculo biológico entre ellos, el TEDH consideró que la transexualidad planteaba controversias científicas, jurídicas, morales y sociales complejas y, además, no existía un consenso entre los Estados contratantes sobre la concesión de derechos parentales a las personas transgénero⁸⁸. Esto llevó al Tribunal a entender que no se puede imponer una obligación a los Estados de

⁸⁵ *Evans c. Reino Unido*, §77; *S.H. y otros c. Austria*, STEDH de 3 de noviembre de 2011, §94.

⁸⁶ *S.H. y otros c. Austria*, §97.

⁸⁷ *S.H. y otros c. Austria*, §100.

⁸⁸ *X, Y y Z c. Reino Unido*, STEDH de 22 de abril de 1997, §44.

reconocer formalmente como padre de un menor a una persona que no es el padre biológico⁸⁹.

Ahora bien, el TEDH ha establecido en numerosas ocasiones que el Convenio es un “instrumento vivo”⁹⁰ que reconoce derechos reales y no ilusorios y que, por ello, el Tribunal debe tener en cuenta las condiciones cambiantes dentro de los Estados con el objetivo de que sus interpretaciones respondan a un enfoque dinámico y evolutivo⁹¹. Esto implica que el margen de apreciación concedido a los Estados puede cambiar precisamente por ese dinamismo existente dentro de los Estados. Esta cuestión se pone de manifiesto en los casos de falta de reconocimiento legal después de una reasignación de género. En este sentido, el TEDH se había pronunciado en diversas ocasiones en relación con esta cuestión en Reino Unido⁹². En estos casos había llegado a la conclusión, por un lado, de que la transexualidad plantea cuestiones científicas, legales, morales y sociales complejas y, por otro, que la afectación de la vida privada y familiar de los demandantes no tenía la entidad suficiente para entender que el Estado había rebasado su margen de apreciación⁹³. Pero en 2002, el Tribunal cambia su jurisprudencia a este respecto en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido* y *I. c. Reino Unido* argumentando que, aunque en interés de la seguridad jurídica, la igualdad y la previsibilidad no debe apartarse de sus precedentes, el propio Tribunal debe tener en cuenta que las condiciones dentro de un Estado cambian⁹⁴. Asimismo, teniendo en cuenta la gravedad de la situación que enfrentan las personas transgénero, el TEDH había apuntado en los casos anteriores la necesidad de mantener bajo examen las medidas legales en este ámbito⁹⁵. Así, después de analizar la evolución de las circunstancias en el Reino Unido y en los países del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo decide estrechar el margen de apreciación del Estado, modificando su jurisprudencia anterior, y entender que la falta de reconocimiento legal de la

⁸⁹ *X, Y y Z c. Reino Unido*, STEDH de 22 de abril de 1997, §52.

⁹⁰ Esta idea se asienta en el caso *Tyrer c. Reino Unido*, STEDH de 25 de abril de 1978, §31. Sobre esta cuestión: LÓPEZ GUERRA, L., “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N°42, 2018, p.116.

⁹¹ *Christine Goodwin c. Reino Unido*, §74.

⁹² *Rees c. Reino Unido*, STEDH de 17 de octubre de 1986, *Cossey c. Reino Unido*, STEDH de 27 de septiembre de 1990 y *Sheffield and Horsham c. Reino Unido*, STEDH de 30 de julio de 1998.

⁹³ *Sheffield and Horsham c. Reino Unido*, §§58-59.

⁹⁴ *Christine Goodwin c. Reino Unido*, §74.

⁹⁵ *Rees c. Reino Unido*, §47; *Cossey c. Reino Unido* §42; *Sheffield y Horsham c. Reino Unido* §60.

reasignación de género supone una vulneración del derecho a la vida privada protegido por el artículo 8 CEDH⁹⁶.

2. Casos en los que apenas existe consenso europeo en la materia versus la relevancia de los intereses en conflicto

La existencia de consenso se ha configurado como un factor clave para el TEDH a la hora de determinar la amplitud del margen de apreciación de los Estados y se sustenta sobre la inexistencia de una base normativa común entre los Estados contratantes del CEDH⁹⁷. La aplicación de este criterio conlleva una alta exigencia al Tribunal, que debe analizar las regulaciones de cuarenta y ocho Estados, muchas veces heterogéneas. El peso de este criterio suele ser concluyente para determinar la extensión del margen de apreciación de un Estado en un caso concreto: una falta de consenso entre los Estados contratantes deriva en un amplio margen de apreciación⁹⁸.

Como se ha ido adelantando a lo largo de este trabajo, la falta de consenso es una constante en el artículo 8 CEDH. De los casos más recientes, las controversias derivadas de la determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución son una de las mejores muestras de esta falta de consenso y sus efectos en la extensión del margen de apreciación nacional⁹⁹. En la Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero y la madre comitente¹⁰⁰, el TEDH expone el gran disenso existente entre los Estados del Consejo de Europa en relación con la regulación de la gestación por sustitución: solo nueve Estados gozan de una regulación permisiva en la materia, diez Estados tiene un régimen de tolerancia, y veinticinco un régimen prohibitivo. Asimismo, dieciséis Estados reconocen y registran los certificados extranjeros de nacimiento, siete exigen que al menos un progenitor intencional tenga vinculación genética con el menor para dicho reconocimiento y diecisiete contemplan la adopción como única ruta de

⁹⁶ Christine Goodwin c. Reino Unido, §93 y I. c. Reino Unido, STEDH de 11 de julio de 2002, §73.

⁹⁷ GARCÍA ROCA, J. “La transformación...”, p. 114.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁹⁹ Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución vid. CARMONA CUENCA, E. y REDONDO SACEDA, L. “La gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista general de Derechos Constitucional*, Nº31, 2020.

¹⁰⁰ Presentada por la Corte de Casación Francesa: Demanda nº P16-2018-001.

establecimiento de la filiación. Esta gran falta de consenso permitió que el TEDH entendiera que el margen de apreciación para los Estados a la hora de reconocer las relaciones paterno-filiales con los progenitores de intención debía ser muy amplio¹⁰¹.

Ahora bien, un margen extenso no implica un margen ilimitado: la relevancia de los intereses en conflicto conlleva una reducción al margen. Así, en este marco de reconocimiento de la filiación el TEDH ha situado el interés superior del menor como límite al margen de apreciación del Estado. Esto implica que, aunque los Estados tengan un amplio margen para decidir sobre cómo articular el reconocimiento jurídico de las relaciones paterno-filiales entre menor y progenitores intencionales, la preservación del interés superior del menor y su vida privada requiere que el Estado reconozca esa relación¹⁰².

Por tanto, a pesar de que la ausencia de consenso se configura como un criterio de preferencia para establecer un margen de apreciación amplio para los Estados, la preservación del interés individual en conflicto actúa como freno a esa amplitud, reduciendo el margen del Estado y ayudando en la protección del derecho o derechos en conflicto.

V. CONCLUSIONES

El desarrollo del artículo 8 CEDH parece ir vinculado al propio desarrollo de las doctrinas del margen de apreciación nacional y las obligaciones positivas de los Estados. Esta vinculación ha permitido, de una parte, desarrollar el potencial dinámico que impregna el contenido del artículo 8 CEDH y, de otra parte, contribuir, de manera notoria, al desarrollo y consolidación de estas dos doctrinas.

Si bien las críticas al margen de apreciación son constantes, la dinámica *case by case* que el TEDH utiliza a la hora de interpretar y desarrollar el CEDH parece hacer imprescindible la utilización esta doctrina. No debemos olvidar, en todo caso, que, a pesar de la tendencia hacia la constitucionalización del CEDH¹⁰³, el Convenio no deja de ser un tratado internacional en el que la soberanía de los Estados sigue siendo determinante.

¹⁰¹ Mennesson y Labasse c. Francia, STEDH de 26 de junio de 2014, §79 y Paradiso y Campanelli contra Italia, STEDH de 24 de enero de 2017, §184.

¹⁰² Mennesson y Labasse c. Francia.

¹⁰³ GARCÍA ROCA, J., *La transformación...* cit.

Por otro lado, el amplio desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado ha permitido la extensión de los derechos protegidos al amparo del artículo 8 CEDH, potenciado aún más esa interpretación dinámica y evolutiva por parte del TEDH. En este sentido, llama la atención de manera importante cómo el Tribunal ha logrado estirar el contenido de este artículo para alcanzar la protección de la vivienda y de la salud y, muy especialmente, del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado. La indefinición del propio artículo 8, unida a la expansión de la exigencia de obligaciones a los Estados, llaman cuestionar hasta dónde podrá llegar el Tribunal en esta interpretación evolutiva y hasta dónde alcanzará el artículo 8 para sostener este dinamismo.

En todo caso, no se debe olvidar cómo el margen de apreciación juega, en este sentido, un papel de freno a estas exigencias. Sí, el TEDH amplía el contenido del artículo 8 CEDH y exige cada vez más actuaciones a los Estados, pero también es cierto que no les comprime, sino que asume la necesidad de que sean ellos mismos quienes decidan qué medidas tomar y hasta dónde llegar.

No obstante, en un contexto en el que el Tribunal Europeo es una instancia subsidiaria a la que siempre se le ha atribuido un papel de mínimos en el desarrollo de los derechos convencionales, el desarrollo del artículo 8 CEDH parece apuntar a una mayor exigencia a los Estados en términos de obligaciones, aumentando ese mínimo tradicional a la vez que intenta congraciarse con los Estado a través del margen de apreciación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Almeida, S., *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Juruá Editorial, Lisboa, 2015.

Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002

Arzoz Santisteban, X. “Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar” en Lasagabaster Herrarte, I. [dir.], *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson Reuters Civitas, Pamplona, 2015, pp. 338-438.

Carmona Cuenca, E. y Redondo Saceda, L. “La gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista general de Derechos Constitucional*, N°31, 2020.

Carmona Cuenca, E., “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 100, pp. 1209-1238. Disponible en:

<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20731>

Council of Europe, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg, 2017. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf

Coussirat-Coustere, V, “Article 8 § 2” en PETTITI, L.E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.H, *La Convention Européenne des droits de l’homme*. Economica, Paris, 1999, pp. 323-351.

Díaz Crego, M., “Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo” en Carmona Cuenca, E. [coord.], *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 149-184.

Fawcett, J.E.S, *The application of the European Convention on Human Rights*. Oxford at the Clarendon Press, 1969.

García Roca, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2019

García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Pamplona, 2010.

Gordillo Pérez, L.I. “La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio” en Matía Portilla, F.J. y López de la Fuente, G., *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.85-114.

Janis, M. W., Kay, R.S., Bradley, A. W, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2008.

Lezertúa Rodríguez, M., “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho judicial*, N°22, 1996, pp. 49-98.

López Guerra, L., “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N°42, 2018, pp. 111-130.

Queralt Jiménez, A. “La violencia contra las mujeres. Sistema Europeo” en Carmona Cuenca, E. [coord.], *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 209-247

Quesada Polo, S., “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Apuntes sobre el sistema de control del Convenio”, *Anales De Derecho*, 16, pp. 161-206. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81281>

Roagna, I., *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks, Strasbourg, 2012. Disponible online en abierto: https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Roagna2012_EN.pdf

Santolaya, P. “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)” en García Roca, J. y Santolaya, P. [Coords], *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC. Madrid. 2014. Pp. 429-449.

Sudre, F. “Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familile” en SUDRE, F. [dir], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des driuts de l’homme*, Nemesis Bruyllant, Bruxelles,2002, p. 11-54.

Sudre, F. “Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie privée” en Sudre, F. *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Nemesis Bruyllant, Bruxelles, 2005, pp. 11-53.

White, R. C. A.; Ovey, C. *Jacobs, White and Ovey, the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

Yourow, H. C. The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. International Studies in Human Rights, Martinus Nijhof Publishers, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1996.

VII. TABLA DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL	FECHA	REFERENCIA
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	23 de julio de 1968	Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	13 de junio de 1979	Marckx c. Bélgica
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9 de octubre de 1979	Airey c. Irland
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	26 de marzo de 1985	X e Y c. Bélgica
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	28 de mayo de 1985	Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	17 de octubre de 1986	Rees c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	27 de septiembre de 1990	Cossey c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9 de diciembre de 1994	López Ostra contra España
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	24 de febrero de 1995	McCann c. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos	22 de abril de 1997	X,Y y Z c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	19 de febrero de 1998	Guerra y otros c. Italia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	30 de julio de 1998	Sheffield and Horsham c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	28 de octubre de 1998	Osman c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	18 de enero de 2001	Chapman c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	6 de febrero de 2001	Bensaid c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Decisión de 14 de mayo de 2002	Zehnalová y Zehnal c. República Checa
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	11 de julio de 2002	I. c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	11 de julio de 2002	Christine Goodwin c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Decisión de 4 de enero de 2003	Pentiacova y otros c. Moldavia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	8 de julio de 2003	Hatton y otros c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	24 de julio de 2003	Karner c. Austria

Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9 de octubre de 2003	Connors c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	4 de diciembre de 2003	MC c. Bulgaria
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	16 de noviembre de 2004	Moreno Gómez c. España
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	22 de febrero de 2005	Novoseletskiy c. Ucrania
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	9 de junio de 2005.	Fadeyeva c. Rusia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	6 de octubre de 2005	Draon c. Francia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	2 de noviembre de 2006	Giacomelli c. Italia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	16 de enero de 2007	Wells c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	10 de abril de 2007	Evans c. Reino Unido
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	15 de noviembre de 2007	Benderskiy c. Ucrania
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	12 de junio de 2008	Bevacqua c. Bulgaria
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	27 de enero de 2009	Tătar c. Rumania

Tribunal Europeo de Derechos Humanos	3 de noviembre de 2011	S.H. y otros c. Austria
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	3 de julio de 2012	K. y T. c. Finlandia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	19 de febrero de 2013	B. c. Rumanía N°2
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	26 de junio de 2014	Mennesson y Labasse c. Francia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	16 de julio de 2014	Hämäläinen c. Finlandia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	23 de septiembre de 2014	S.B. c. Rumanía
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	15 de marzo de 2016	MGC v. Rumania
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	17 de marzo de 2016	Vasileva c. Bulgaria
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	24 de enero de 2017	Paradiso y Campanelli contra Italia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	16 de enero de 2018	Cuenca Zarzoso c. España
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	22 de febrero de 2018	Libert c. Francia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	10 de abril de 2019	Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child

		born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother P16-2018-001
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	11 de abril de 2019	Guimo c. Francia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	20 de junio de 2019	A y B v. Croacia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	18 de febrero de 2020	Cînța contra Rumanía
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	10 de marzo de 2020	Hudorovic contra Eslovenia