

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

Francisco Javier Matia Portilla

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Valladolid

javierfacultad@gmail.com

1. INTENCIONES

Si un derecho fundamental está conociendo una interesante evolución en la práctica es el derecho a la intimidad familiar. No es sorprendente que así sea, ya que diversos factores aconsejan repensar constantemente su contenido y alcance. De un lado, estamos conociendo nuevas realidades familiares que no han contado con reconocimiento legal hasta fechas relativamente cercanas (como ocurre, por ejemplo, con el matrimonio igualitario). De otro, la globalización hace que la vida familiar pueda desplegarse en diversos Estados y distintas realidades sociales.

Uno de estos derechos humanos de nueva factura es, más en particular, el derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores. Aunque dicha separación puede producirse por razones muy distintas (encarcelamiento, expulsión) nosotros dedicaremos especial interés al último supuesto citado.

Nuestro objetivo no es tanto examinar el contenido y alcance de este derecho (apartado 2), sino limitar nuestro examen a los preceptos que permiten la expulsión de un extranjero en situación irregular (3). Esta regulación y su aplicación deberá respetar, lógicamente, la juris-

prudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (4), y, cuando corresponda, la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (5). También deberemos examinar en qué medida el Tribunal Constitucional ha incorporado esta jurisprudencia al derecho a la intimidad familiar previsto en el artículo 18.1 CE (6). Concluiremos este trabajo realizando alguna reflexión conclusiva sobre la eficacia del derecho humano en examen y su eventual proyección en nuestro modelo de derechos fundamentales (7).

Antes de entrar en materia conviene señalar ya que este trabajo no pretende analizar ni realizar cuestiones dogmáticas, sino examinar críticamente la jurisprudencia de los distintos tribunales que han debido centrar su mirada en la problemática descrita.

2. SOBRE EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS ASCENDIENTES DIRECTOS

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño¹ (CDN), que vincula al Estado español desde el 5 de enero de 1991 dispone, en su primer apartado, que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”².

¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Su entrada en vigor tuvo lugar el día 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Ha sido publicada en el BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. El Reino de España se ha obligado igualmente al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 (BOE 27, de 31 de enero de 2014), que confiere competencia al Comité de los derechos del niño. Por otra parte, nuestro país no ha expresado reservas a este precepto (sí a los artículos 21.d y 38, apartados dos y tres. Ver https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en#EndDec).

² En el plano doctrinal, ver Ogarrio Díaz, Guillermo: *El derecho de convivencia de los menores con sus padres*. Tesis Doctoral defendida en la Universidad San Pablo CEU (2017) y, con anterioridad, Salanova Villanueva, Marta: “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”. *Derecho Privado y Constitución*

Antes de profundizar en el examen del Derecho español y europeo, conviene presentar, brevemente, el régimen del derecho de los menores a no ser separados de sus padres en la Convención que acabamos de citar. Como ya hemos indicado, la norma parte de la premisa de que solamente la autoridad puede separar a unos y otros cuando sea preciso para asegurar el interés superior del menor. Además, esta decisión estatal debe encontrarse abierta, en su caso, a revisión judicial. Debe entenderse que la misma no resultará precisa cuando sea un órgano judicial quién la adopte.

Incluso en el supuesto de que el menor esté separado de uno de sus padres, debe preservarse el derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (artículo 9.3). Y también tiene derecho el menor a conocer el paradero o fallecimiento de sus padres cuando la separación traiga causa de una medida adoptada por el Estado, como pueden ser el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte, salvo que ello resulte perjudicial para el bienestar del menor (artículo 9.4).

Como se observa, este derecho del menor pivota, como casi todo lo que le afecta, en torno a la noción de preservar su interés superior. Estamos en presencia, es bueno advertirlo ya, de un concepto jurídico indeterminado, que, aunque difícil de concretar en un caso concreto, prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse.

Un supuesto relevante³ es el supuesto en el que los padres se encuentren en prisión. En estos supuestos el Comité “recomienda al Estado parte que revise la práctica actual de los niños de vivir con sus padres en prisión, con el fin de limitar la estancia a los casos en los que sea mejor para él, y asegurar que las condiciones de vida sean adecuadas para sus necesidades para el desarrollo armonioso de su

7 (1995), pp. 231 ss. y Pradilla-Rivera, Silvia Juliana: “Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Un. del Rosario, Colombia) 2011\1, pp. 329 ss.

³ Las siguientes líneas extractan las resoluciones del Comité recogidas en VV.AA: “Separation from parents”. *Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child*. 3ª edición. Unicef. Geneva, 2007, pp. 121-134.

personalidad. El Comité también recomienda que se proporcione a los hijos de padres en prisión un cuidado alternativo adecuado, por ejemplo, dentro de la familia extendida y se les permita el contacto regular con sus padres”. (Nepal CRC / C / 15). Ahora bien, el Estado debe facilitar el contacto directo entre el menor y el padre o la madre en prisión (México CRC/C/MEX/CO/3, para. 40).

También nos interesa detenernos, brevemente, en los supuestos en los que se acuerde la deportación del padre o de la madre que consagre la separación de éste con su menor. En su informe sobre Canadá el Comité se pregunta si la decisión de deportación tomó en consideración los *valores familiares*, y considera necesario, en este tipo de procesos, otorgar “a todas las partes interesadas el derecho y la oportunidad de ser escuchados” (Canadá CRC / C / SR.216, párr. 28). Incluso en el supuesto en que el padre o la madre haya delinquirido en un país extranjero. En estos casos “el Comité insta al Estado parte a garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primordial en las decisiones tomadas con respecto a la deportación de sus padres” (Noruega CRC / C / 15 / Add.263, párrs. 21 y 22).

Y, claro, está el supuesto de la expulsión derivada de que la persona haya entrado de forma irregular en el país de que se trate. El Comité expresa su preocupación porque Japón haya introducido una reserva que indica que el artículo 9.1 CDN no resulta aplicable “a un caso en el que un niño está separado de su o de sus padres como resultado de la deportación de conformidad con su ley de inmigración”⁴.

En todos estos casos, el Reino de España se ha comprometido a respetar el derecho de los menores a no ser separados de sus padres. En efecto, la Convención vincula al Reino de España, que ha suscrito y ratificado este texto⁵. El Instrumento de ratificación⁶ contiene dos declaraciones que son ajenas al precepto que hemos citado, por lo que el Rey ordena “cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes”. De ahí se deriva que hay

⁴ CRC/C/2/Rev.8, p. 26; Japan CRC/C/15/Add.90, para. 6. Ver https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec.

⁵ Ver BOE 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>.

un mandato a tutelar el derecho de los menores a no ser separados de sus padres.

Sin embargo, este derecho convive con la normativa que contempla la lógica expulsión de los extranjeros que se encuentran en nuestro país en situación irregular. Especialmente, como examinamos a continuación, si ha cometido un delito en nuestro país.

3. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR VINCULADA CON LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES

El artículo 89 CP tiene claro antecedente en la (hoy derogada) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que permitía la eventual expulsión judicial de un extranjero que hubiera sido procesado o condenado por la comisión de un delito menos grave⁷.

3.1. *La evolución del precepto normativo*

El artículo 89 CP ha experimentado una interesante evolución legislativa que conviene recordar.

En la versión original del precepto en examen, se indica que “las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado” (art. 89.1). Además, se puede impedir el regreso a nuestro país durante un periodo que oscila entre los tres y diez años, dependiendo de la condena impuesta (art. 89.2).

⁷ Artículo 21.2, declarado constitucional por STC 242/1994 y otras posteriores. Ver también la STC 203/1997, de 25 de noviembre.

La primera modificación, operada por la disposición adicional 2 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, dispone que la sustitución de la pena de cárcel no podrá ser adoptada si la condena es por los delitos recogidos en determinados preceptos (artículos 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 CP).

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, altera profundamente el espíritu del artículo 89 CP⁸. Se indica que las penas privativas inferiores a seis años serán sustituidas en la sentencia por su expulsión (“salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, apartado 1). Si la condena es de seis o más años, la expulsión se acordará si el preso accede al tercer grado o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la pena. En uno u otro caso, la persona no podrá regresar a España en un plazo de diez años (apartado 2).

Una nueva vuelta de tuerca viene provocada por el artículo único.21 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁹. Sigue ordenando

⁸ Ver, en el plano doctrinal, Lafont Nicuesa, Luis: “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 10 (2005), pp. 39 ss.; García del Blanco, María Victoria: “La expulsión de extranjeros. Art. 89 y 108 del Código penal de 1995”. En Álvarez Conde, Enrique y Pérez Martín, Elena (coords.): *Estudios sobre derecho de extranjería*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2005, pp. 483 ss.

⁹ Ver, en el plano doctrinal, Guisasola Lerma, Cristina: “Consideraciones político-legales para una reformulación de la expulsión legal de condenados extranjeros sin residencia legal: (Art. 89 del CP)”. *Estudios Penales y Criminológicos* 30 (2010), pp. 201 ss.; Villacampa Estiarte, Carolina: “Sustitución de la pena: Arts. 89 y 108 CP” y Terradillos Basoco, Juan María: “Sustitución de la pena: Art. 89 CP”, ambos incluidos en Álvarez García, Javier y Gonzalez Cussac, José Luis (dirs.): *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant Lo Blanch. Madrid, 2010, pp. 117 ss. y 127 ss., respectivamente; Bermejo Romero Terreros, Juan Andrés: “Derecho de extranjería: algunas consideraciones con relación a la expulsión de los ciudadanos de la UE y asimilados: novedades introducidas por la reciente reforma legislativa en materia de medidas cautelares: el nuevo número 6º del artículo 89 del Código penal: análisis”. En *Estudios Jurídicos* 2010; Guisasola Lerma, Cristina: “La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)”. En Álvarez García, Javier y Gonzalez Cussac, José Luis (dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*.

la sustitución de la pena en relación con condenas impuestas inferiores a seis años (apartado 1) y extiende a la medida a cualquier extranjero en situación irregular que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier medida privativa de libertad si accede al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena (apartado 5). También prevé el ingreso del extranjero en un CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) en el caso de que no se encuentre privado de libertad (apartado 6). La expulsión conlleva la prohibición de regresar en España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (apartado 2). Finalmente, no son aplicables estas medidas cuando la condena se vincula con los artículos 312, 313 y 318 bis CP (apartado 7).

La vigente redacción del artículo 89 CP trae causa del art. único.48 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁰. Ahora se diferencian

Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, pp. 131 ss., y Martínez Pardo, Vicente: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”. *ReCRIM: Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV* 7 (2012), pp. 29 ss., disponible en <https://www.uv.es/liccp/rekrim/rekrim12/rekrim12a01.pdf>.

¹⁰ Ver, en el plano doctrinal, Sánchez García de Paz, Isabel: “De la sustitución de las penas privativas de libertad: (artículos 88 y 89)”. En Gómez Tomillo, Manuel (dir): *Comentarios prácticos al Código penal I. Parte general*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015, pp. 787 ss.; Esquiú Hernández, Natividad: “Las condiciones para la suspensión de la ejecución previstas en el artículo 84 CP y comentarios a la sustitución por expulsión regulada en el artículo 89 CP”. En VV.AA: *La reforma del Código penal a debate*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2016, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/index.php/main/libro/1140/es>; García España, Elisa: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18 (2016), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>, y González Tascón, María Marta: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”. *Estudios Penales y Criminológicos* 36 (2016), pp. 131 ss., disponible en www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2674/3360. También Martín Escribano, Patricia Almudena: *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: análisis jurídico penal y criminológico*. Tesis defendida en la Universidad de Girona, 2015, y Muñoz Gayán, María Estrella: *La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*. Tesis defendida en la Universidad Jaume I, 2016.

las penas de prisión impuestas a “un ciudadano extranjero” de más de un año (que serán sustituidas por la expulsión aunque excepcionalmente pueda acordarse la ejecución de una parte, no superior a dos tercios de su extensión, para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza de la vigencia de la norma infringida por el delito, *ex* apartado 1), y de más de cinco años (por la comisión de una pena, o varias que superen dicho umbral), se acordará la ejecución de todo o parte de la pena, decretándose la expulsión cuando ésta haya sido cumplida, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional (apartado 2). Se puede acordar la expulsión en la Sentencia o en un momento posterior (apartado 3). En un nuevo apartado 4 dispone que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”. También se delimita con mayor precisión la expulsión de personas que hayan residido en España durante los diez años anteriores. Procederá cuando (a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con una pena de prisión de más de cinco años y se aprecie riesgo grave de reincidencia, o cuando (b) hubiera sido condenado por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de grupo u organización criminal (apartado 4). Se mantiene la prohibición de regresar de entre cinco a diez años, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (apartado 5). Y se añade el delito regulado en el artículo 177 bis a aquéllos a los que estas normas no serán de aplicación.

3.2. Algunas notas sobre el precepto en examen

A la vista de este recorrido histórico, conviene destacar algunas notas. La primera para determinar si la medida de expulsión puede (1995) o debe (2003) ser acordada por el órgano judicial. En la regulación actual la medida es, en principio, imperativa para todas las penas, si bien se impone el cumplimiento, al menos parcial, de las penas superiores a cinco años. Es oportuno recordar, sin embargo, que desde el primer momento en que esta medida devino obligatoria el Tribunal Supremo se negó a entender que la expulsión debía ser considerada una medida automática. En su muy relevante Sentencia 901/2004, 8

de Julio, señala que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”¹¹.

La segunda es que la posibilidad excepcional de no acordar la sustitución se vincula, tradicionalmente, con (a) la naturaleza del delito cometido (2003) y (b) la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza de la vigencia de la norma infringida por el delito (2015). Solamente en este mismo año se matiza esta norma atendiendo que hay que tomar en consideración el arraigo existente y la existencia de una residencia continuada en los dos últimos años. Es precisamente en el arraigo donde se suscita el problema que nos interesa. ¿se puede expulsar a un inmigrante irregular que haya sido condenado y tenga un descendiente, menor de edad, que sea español?

La tercera consideración que puede realizarse atiende a la prohibición de regresar al Estado español, que ha sido potestativa primero (de tres a cinco años, 1995), imperativa después (diez años, 2003), y finalmente potestativa (en su establecimiento y duración, de entre cinco y diez años, desde 2010).

La cuarta es para hacer notar la ampliación de los destinatarios de la medida que han pasado de ser el “extranjero no residente legalmente en España” al “ciudadano extranjero” (2015). Estamos así, pues, en presencia de una refundación del precepto penal en examen, que resulta aplicable a cualquier persona que no sea, en principio, nacional.

La Circular 7/2015 de la Fiscalía¹², sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras

¹¹ Disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/extranjero-acusaci-n-expulsi-p-17210471>, FD 2.

¹² Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_%207-2015.pdf?idFile=5640a72b-d8d6-4ace-8589-4ceb02548906. Como se indica en su apartado 13, “las disposiciones de la presente sustituyen a las contenidas sobre expulsión sustitutiva en la Consulta 2/1990, de 10 de octubre, sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase

la reforma operada por la LO 1/2015 recuerda que el artículo 89 CP ha sido polémico porque su aplicación automática puede resultar discriminatoria y contraria al mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 CE. Entiende además que la norma regula ahora “condiciones personales de casuística muy diversa”¹³.

En el mismo documento se indica que el Código Penal establece algunas excepciones a la expulsión. La primera, relativa por no descartar en todo caso la expulsión, exigiendo el cumplimiento de una parte significativa de la condena de prisión. La segunda, absoluta, pretende evitar la expulsión si esta medida resulta desproporcionada¹⁴. Esta última es, precisamente, la que nos concita en el presente estudio. Hay que examinar, en efecto, “el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado”¹⁵. El arraigo personal del extranjero se vincula en la citada Circular con “el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del artículo 8 CEDH”¹⁶. Sin embargo, esta afirmación no es de todo correcta. El derecho de los menores a no ser separados de sus padres ni se encuentra recogido expresamente en la Constitución ni, como veremos, ha sido integrado, por vía interpretativa, en el artículo 18.1 CE. Por el contrario, sí que ha tenido un relevante reconocimiento la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

procesal en que debe acordarse; en la Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales; en la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; y en la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, a salvo la remisión contenida en el epígrafe 12 (p. 46).

¹³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶ *Idem*.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

A efectos expositivos, nos detendremos, en primer lugar, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la expulsión de extranjeros, para analizar después en la relacionada, en particular, con el derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores. Cerramos el presente apartado poniendo de manifiesto la influencia que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en el Derecho español.

4.1. *La jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros*

La más reciente condena impuesta al Estado español guarda estrecha relación con la materia examinada en el presente trabajo. Aziz Saber y Hamza Boughassal¹⁷ son dos marroquíes que llevan tiempo viviendo en España. El primero entró en suelo español en fecha indeterminada, aunque se sabe que estuvo escolarizado entre 1998 y 2001, ha tenido permisos de residencia (uno de 2006 que caducaba en 2011) y residen también en su ciudad su madre y cinco hermanos. El segundo entró en España en 1998, estando escolarizado hasta 2003. Ha tenido varios permisos de residencia hasta 2012, y en Gerona residen sus padres y hermanos.

Ambos recurrentes fueron condenados por sendos delitos de tráfico de drogas (a uno y tres años de cárcel, respectivamente). La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil inicia un expediente de expulsión contra ambas personas, que culmina con la expulsión y la prohibición de reentrada (durante cuatro y diez años, respectivamente).

Aunque ambos recurrentes impugnaron esta decisión invocando su derecho a la vida privada y familiar, sus pretensiones no fueron tomadas en consideración por la autoridad judicial. Se confirmó la

¹⁷ Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España (demandas 76550-13 y 45938-14), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-189055>.

expulsión del primer recurrente por no apreciar la concurrencia de circunstancias personales que pudieran evitarla. Y también la del segundo recurrente, aunque se rebajara la prohibición de reentrada a un plazo de tres años, en aplicación del principio de proporcionalidad y a la vista de sus circunstancias personales.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó las medidas impugnadas, entendiendo que la orden de expulsión dictada en aplicación del artículo 57.2 LOEX no constituye una sanción¹⁸, por lo que no resulta de aplicación lo previsto en el apartado cinco del mismo precepto legal¹⁹. Además, entiende que la expulsión sirve para

¹⁸ Dispone el precepto que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

¹⁹ La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

paralizar cualquier permiso de residencia y recuerda que los recurrentes han roto las reglas de convivencia.

El Tribunal de Estrasburgo comienza su argumentación recordando que la vida privada se ve concernida en “todas las relaciones sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad en la que viven”²⁰. Entiende que, si bien en un principio, las relaciones entre padres e hijos adultos o entre hermanos adultos no inciden en la vida familiar “sin que se demuestre la existencia de elementos adicionales de dependencia, distintos de los vínculos emocionales normales”, sí que se muestra tal afectación “en determinados casos que atañían a jóvenes adultos que aún no habían fundado su propia familia”²¹. En todo caso, los vínculos existentes inciden claramente en la vida privada.

Dado que una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada incide en la vida privada, debe tomarse en consideración algunos elementos²², como son la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el recurrente; la duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado; el lapso de tiempo que transcurre desde la infracción, y la conducta del recurrente durante este periodo; la nacionalidad de las distintas personas concernidas; la situación familiar del recurrente y, especialmente, en su caso, la duración de su matrimonio y de otros factores que evidencien sobre la efectividad de una vida familiar en el seno de una pareja; la cuestión de saber si el cónyuge tenía conocimiento de la infracción en el momento de crear la relación familiar; la cuestión de saber si hay hijos derivados del matrimonio y, en este caso, su edad; la gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el país hacia al que se expulsará al recurrente; el interés y el bienestar de los hijos, especialmente la gravedad de dificultades que los hijos del recurrente pueden encontrar en el país hacia el que el interesado debe ser expulsado; y la solidez de vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y con el país de destino.

²⁰ Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 *Saber y Boughassal c. España*, cit., § 38.

²¹ *Ibidem*, § 39.

²² *Ibidem*, § 40. Estos criterios fueron sistematizados en la STEDH (Gran Sala) *Üner c. Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, demanda 46410-99, §§ 57 y 58, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77540>.

Aunque estos criterios deben aplicarse en todo caso (incluso si el expulsado ha nacido en el país anfitrión), el Tribunal señala que “en el caso de un inmigrante de larga duración que haya pasado la mayor parte, si no la totalidad, de su infancia y juventud legalmente en el país de acogida, deben alegarse razones muy sólidas para justificar la expulsión”²³. En todo caso, si las autoridades nacionales han ponderado los elementos anteriormente descritos, el control ejercido por el Tribunal será excepcional²⁴.

La aplicación de estos principios al caso que le ocupa lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a amparar a los recurrentes. Aunque sólo el segundo mantiene una vida familiar en nuestro país (está casado con una marroquí), ambos llegaron a España cuando eran niños y han mantenido una vida privada aquí durante muchos años.

Se condena al Reino de España por considerar que la medida no era necesaria en una sociedad democrática. Se recuerda que algunas de las jurisdicciones nacionales que conocieron de las causas entendieron que no era preciso examinar las circunstancias personales y familiares de los afectados en virtud del artículo 57.2 LOEX. El Tribunal de Estrasburgo sostiene, bien al contrario, que “deben tomarse en consideración todos los criterios establecidos en su jurisprudencia [...] y orientar a las autoridades nacionales en todos los casos que atañen a inmigrantes establecidos que se supone van a ser expulsados y/o se les va a prohibir la reentrada en el territorio a raíz de una condena penal, ya sea respecto de la ‘vida familiar’ o de la ‘vida privada’, según las circunstancias de cada caso”²⁵. Como esto no ocurrió, se ampara a los recurrentes, decretando una violación del artículo 8 CEDH.

²³ § 41. Idea avanzada previamente en la Sentencia (Gran Sala) Maslov c. Austria, de 23 de junio de 2008, demanda 1638-03, § 75, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-139050>.

²⁴ Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España, cit., § 42.

²⁵ *Ibidem*, § 47. El Tribunal se remite, en esta cuestión, a la Sentencia (Gran Sala) Ünner c. Países Bajos, cit., § 60.

4.2. *La jurisprudencia sobre el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes*

En la jurisprudencia examinada en líneas anteriores se pone de manifiesto que la expulsión de un extranjero de suelo nacional afecta, siempre, a su vida privada. Nos interesa constatar ahora que también puede comprometer su vida familiar cuando mantiene contacto con sus hijos menores.

Esto ocurre, por ejemplo, en el asunto Udeh c. Suiza²⁶. Udeh, de origen guineano, solicitó asilo en Suiza, que fue rechazado en enero de 2002 por presentar una falsa identidad. Vuelve a dicho país en septiembre de 2003 y se casa dos meses después con una ciudadana suiza con la que acaba de tener unos hijos gemelos. Aunque obtendrá un permiso de residencia se divorciará de su mujer. En abril de 2006 el recurrente es detenido en Alemania por un delito de tráfico de drogas y condenado a cumplir cuarenta y dos meses de prisión. Las autoridades suizas estiman que, dado que ha vencido el permiso de residencia y ha estado fuera del país más de seis meses, no procede concederle un nuevo permiso de residencia. Los Tribunales suizos desestiman los recursos del recurrente y de su esposa, que actúa en nombre propio y de los hijos del afectado. En lo que atañe a la vida familiar del afectado, el Tribunal estima que su expulsión afectara a sus descendientes, pero considera que el interesado dispone de una red familiar intacta en su país de origen. Las autoridades suizas han emitido una prohibición de que el interesado entre en su territorio hasta el 26 de enero de 2020, aunque el recurrente, tras divorciarse de su primera mujer, ha tenido otra hija con otra mujer suiza, y mantiene también un derecho de visita de sus dos primeros hijos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la expulsión y prohibición de entrar en suelo nacional tiene por consecuencia “su separación de sus hijas gemelas”, que poseen la nacionalidad suiza, lo que puede comprometer la vida familiar²⁷.

Para determinar si la expulsión es, o no, necesaria en una sociedad democrática, el Tribunal recuerda los elementos que deben ser pon-

²⁶ Sentencia (Sección Segunda) de 16 de abril de 2013, asunto Udeh c. Suiza (demanda 12020-09, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-118576>).

²⁷ *Ibidem*, § 38.

derados cuando se debate la expulsión de un extranjero²⁸. Estima, en primer lugar, que, aunque la condena impuesta en Alemania es un factor relevante, el delito ha merecido una sanción menor²⁹. También constata que Suiza ha sido y es el centro de su vida privada y familiar durante más de siete años y medio³⁰. Además, el comportamiento del recurrente tras su liberación ha sido irreprochable, lo que permite cuestionar el juicio de peligrosidad del afectado realizado por las autoridades nacionales³¹.

En relación con la vida familiar, el Tribunal confiere especial importancia a la primera relación del recurrente, dado que cuando se conciben los hijos no se había delinquido. No ocurre lo mismo con la compañera actual del recurrente, ya que la relación se establece cuando su situación en Suiza era ya precaria³². El Tribunal recuerda que la expulsión del recurrente tendrá un evidente impacto en las gemelas, que poseen nacionalidad suiza, y considera que “lo mejor para las niñas es crecer con ambos padres y, en vista del divorcio, la única posibilidad de mantener un contacto regular entre el solicitante y los dos hijos es permitirle permanecer en Suiza, ya que no se puede esperar que la madre, con los niños en común, siga al solicitante a Nigeria”³³.

A la vista de lo que precede, “en particular a la vista de sus hijos comunes, a la relación familiar que existe realmente entre el recurrente y las hijas así que al hecho de que el recurrente ha cometido una sola infracción grave y que su comportamiento ha sido irreprochable, lo que permite suponer una evolución positiva en el futuro, el Tribunal considera que el Estado defensor ha sobrepasado el margen de apreciación del que disponía en el presente caso”³⁴.

Dos Magistrados (Jociene y Lorenzen) discrepan de esta construcción y defienden que no se ha lesionado el derecho fundamental en examen (por haber ingresado en Suiza como adulto, por hacerlo con documentos falsos y por haber delinquido).

²⁸ *Ibidem*, § 45.

²⁹ *Ibidem*, § 46.

³⁰ *Ibidem*, § 48.

³¹ *Ibidem*, § 49.

³² *Ibidem*, § 50.

³³ *Ibidem*, § 52.

³⁴ *Ibidem*, § 54.

También puede ser útil recordar el asunto *Jeunesse c. Países Bajos*³⁵ en el que se supervisa la decisión de expulsar a una mujer que había entrado en el país con un permiso de visita familiar, que incumplió. Durante la tramitación de la expulsión la recurrente se casa y tiene un hijo en el año 2000, ambos de nacionalidad neerlandesa. La recurrente intenta regularizar su situación en 1997, 2001, 2007 (en enero y septiembre), y 2010, sin éxito. En este último año se la retuvo en retención administrativa con vistas a su expulsión, pero se terminó decretando finalmente su libertad por estar embarazada.

A juicio del Tribunal, “la cuestión a determinar sobre todo es saber si, a la vista de los hechos de la causa valorados en su conjunto, las autoridades neerlandesas estaban obligadas en virtud del artículo 8 a otorgar un permiso de residencia a la recurrente a fin de permitirle desarrollar su vida familiar sobre su territorio”³⁶.

El Tribunal de Estrasburgo recuerda que el derecho a la protección de la vida familiar puede imponer obligaciones positivas a las autoridades nacionales³⁷, lo que incide en las decisiones que se adopten en el marco de la política migratoria estatal. Es verdad que el margen estatal de actuación es mayor cuando las personas son conscientes de que su situación es precaria³⁸, pero también que, si hay menores, debe tomarse en consideración su interés superior, que “debe prevalecer en todas las decisiones concernientes a ellos”³⁹.

A juicio del Tribunal, concurren algunas circunstancias que deben ser tomadas en consideración:

En primer lugar, “todos los miembros de la familia de la demandante, con excepción de ella, son nacionales de los Países Bajos y su marido y sus tres hijos tienen derecho a vivir su vida familiar juntos en los Países Bajos”⁴⁰. Además, “al nacer el solicitante era de nacionalidad holandesa. Perdió esa nacionalidad con el acceso a la indepen-

³⁵ STEDH (Gran Sala) de 3 de octubre de 2014 recaída en el asunto *Jeunesse c. Países Bajos* (demanda 12738-10, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-147178>).

³⁶ *Ibidem*, § 105.

³⁷ *Ibidem*, § 106.

³⁸ *Ibidem*, ver § 108.

³⁹ *Ibidem*, § 109.

⁴⁰ *Ibidem*, § 115.

dencia de [la República de] Surinam y se convirtió en surinamí no por elección sino en virtud del artículo 3 del Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la República de Surinam en relación con atribución de la nacionalidad [...]. Por lo tanto, no se puede simplemente considerar la situación equivalente a la de otros solicitantes de inmigración que nunca han tenido la nacionalidad holandesa”⁴¹.

En segundo lugar, la residencia de la recurrente en los Países Bajos supera los dieciséis años y no tiene antecedentes penales. La propia inacción de las autoridades en lo que atañe a su expulsión le ha permitido “establecer y desarrollar vínculos familiares, sociales y culturales estrechos con el país”⁴².

En tercer lugar, las autoridades deben evaluar, en todo caso, si la familia podría desplegar su vida en Surinam⁴³.

Finalmente, y esta es la *ratio decidendi*, el Tribunal constata que es la madre recurrente “quien cuida a los niños diariamente. Están profundamente arraigados en los Países Bajos, del que poseen, como su padre, la nacionalidad. Los documentos del expediente no evidencian vínculo directo alguno entre ellos y Surinam, un país en el que nunca han estado”⁴⁴. Dado que “el interés superior de los niños debe prevalecer en todas las decisiones que los afectan” y que esta idea “es objeto de un amplio consenso, particularmente en el derecho internacional”⁴⁵, debe ser tomada en consideración en el presente caso. El Tribunal considera que, “a la vista de las circunstancias específicas del caso, resulta dudoso que las consideraciones generales relacionadas con la política de inmigración [adoptadas por el Estado demandado] puedan ser consideradas como un motivo suficiente para negar a la recurrente el derecho de residencia en los Países Bajos”⁴⁶. Se ha vulnerado así el derecho a la vida familiar de la recurrente⁴⁷.

En definitiva, cuando hay vida familiar efectiva, la expulsión del extranjero debe supeditarse, en su caso, al interés superior del menor.

41 *Idem.*

42 *Ibidem*, § 116.

43 *Ibidem*, § 117.

44 *Ibidem*, § 119.

45 *Ibidem*, § 118.

46 *Ibidem*, § 121.

47 *Ibidem*, § 122.

Discrepan de este parecer tres Magistrados (Villiger, Mahoney y Silvis) que opinan que las autoridades nacionales ponderaron los intereses de la solicitante y su familia, por una parte, y el interés general de la comunidad, por otra parte. Estiman que con esta Sentencia, el Tribunal se aleja del papel subsidiario que le asigna la Convención, y se deja guiar más por la humanidad que por la justicia. Sin embargo, este razonamiento pierde consistencia si se compara este asunto con *Amrollahi c. Dinamarca*⁴⁸, en el que el recurrente fue condenado por un delito de tráfico de drogas más grave⁴⁹ y fue igualmente amparado porque la medida de expulsión afectaba a su mujer danesa, a sus dos hijos y a una tercera hijastra con la que convivía efectivamente⁵⁰.

4.3. *La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el Derecho español*

En páginas anteriores hemos hecho referencia a la Circular 7/2015 de la Fiscalía. Conviene retomar este documento porque en él puede apreciarse que el Ministerio Fiscal es plenamente consciente de la importancia de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en materia de expulsión de extranjeros.

En la Circular se detallan algunos elementos que deben ser ponderados por las autoridades que acuerden la expulsión⁵¹.

Así, en primer lugar, debe valorarse el tiempo de residencia, entendiendo que a mayor tiempo suele haber mayor arraigo. Éste se presume en los residentes legales, por lo que la expulsión solamente cabe “si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguardar [sic] la seguridad y el orden interior”, pero “no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso”⁵². En algunos supuestos concretos, el asentamiento prolongado convierte al inmigrante en

⁴⁸ Sentencia (Sección Primera) de 11 de octubre de 2002, recaída en el asunto *Amrollahi c. Dinamarca* (demanda 56811-00, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60605>).

⁴⁹ *Ibidem*, § 36.

⁵⁰ *Ibidem*, § 43.

⁵¹ Circular 7/2015 de la Fiscalía, cit., pp. 16 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 16.

un ciudadano efectivo del país, como ocurre con los inmigrantes de segunda generación (nacidos o llegados a nuestro país durante su infancia o juventud).

El Ministerio Fiscal entiende que la expulsión tampoco procede cuando se ve comprometida la vida o integridad del penado por sus circunstancias y su país de origen⁵³ o cuando, por su estado físico o psíquico, la medida le sitúe en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación⁵⁴.

La expulsión no debe comprometer la vida familiar del afectado, lo que ocurrirá si guarda relaciones estables de convivencia o dependencia con otras personas, que pueden ser ascendientes, descendientes, pareja y hermanos, u otros parientes que dependen materialmente del afectado. Ahora bien, para que la vida familiar sea tomada en consideración debe acreditarse una situación efectiva de convivencia o asistencia material⁵⁵. Y tal examen no solamente procede ser realizado en el momento de la condena, sino que también debe realizarse en el momento en el que se va a producir la expulsión efectiva⁵⁶.

Otro factor a tener en cuenta es el impacto que la expulsión puede tener en el afectado y en su familia. En este apartado deberá tomar-

⁵³ Idém, con cita a las SSTs 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre.

⁵⁴ Sobre la última afirmación, la Circular se remite a la STEDH Nasri contra Francia, de 13 de julio de 1995.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 17-18. Se citan en la circular diversas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en apoyo a sus afirmaciones: Emre contra Suiza, de 11 de octubre de 2011 (necesidad de respetar la vida familiar), Onur contra el Reino Unido, de 17 de febrero de 2009 (sobre ejemplos de familiares), y Baghli contra Francia, de 30 de noviembre de 1999; Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002; Ezzouhdi contra Francia, de 13 de febrero de 2001; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003 y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003 (sobre la necesidad de que haya vida familiar efectiva), tanto en la pareja (Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002), como en las relaciones paterno filiales (Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos, de 7 de noviembre de 2000; Ezzouhdi contra Francia, de 13 de febrero de 2001; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003, y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003). La idea de que también deben ser tomados en consideración otros familiares que dependan materialmente del afectado se extrae del artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 18-19. Se recuerda la STEDH Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003.

se en consideración factores tales como la salud del condenado (que puede verse afectada por la medida), la dependencia de familiares del interesado, o las dificultades que cónyuges o hijos pueden tener a la hora de seguir al expulsado⁵⁷.

También debe tomarse en consideración si existe, o no, vinculación del afectado con el país del que procede. No procede acordar la expulsión si no mantiene con él lazos sociales, culturales y familiares⁵⁸.

Hay otras circunstancias personales que pueden condicionar la decisión de expulsar, o no, al condenado, como pueden ser el riesgo actual de que pueda quebrantar el orden o la seguridad pública⁵⁹.

Finalmente, el propio artículo 89.1 CP alude a la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados. En estos casos, la expulsión podría ser acordada, aunque el penado hubiera acreditado una situación de arraigo personal⁶⁰.

En resumen, para “valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 19-20. La circular cita las SSTEDH Mehemi contra Francia, de 10 de abril de 2003 (sobre los familiares que siguen al expulsado), Boultif contra Suiza, de 2 de agosto de 2001 (sobre la dependencia de familiares), Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010 (sobre el estado de salud del afectado). Interesa señalar que en ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha constatado que la separación resulta en ocasiones inevitable (SSTEDH Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002, y Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003), pero también que, en determinadas circunstancias, la familia resulta el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH Nasri contra Francia, de 13 de julio de 1995).

⁵⁸ *Ibidem*, p. 20. Se citan las SSTEDH Moustaquin contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991; Mehemi contra Francia, de 26 de septiembre de 1997; Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003; Mokrani contra Francia, de 15 de julio de 2003, y Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 20. En estos casos puede valorarse el comportamiento del afectado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH Amrollahi contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002) o desde la decisión de expulsión (STEDH Moustaquin contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991), o desde su excarcelación. En todos estos casos, un periodo de buena conducta reduce el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH Khan contra Reino Unido, de 12 de enero de 2010).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 21.

familiar exige para poder excluir la aplicación del art. 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos –matrimoniales o no–, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica”⁶¹.

En cuanto a la prohibición de regresar a nuestro país, la circular de la Fiscalía vincula su duración con la pena de prisión impuesta (cinco años si la pena es hasta dos años de prisión, entre seis y nueve años, si le pena ese sitúa entre dos y cinco años de prisión, y diez años si la pena es de más de cinco años⁶²).

Resulta evidente que el Ministerio Fiscal se ha tomado muy en serio la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que debe ser alabado. Se puede considerar que ha redefinido el contenido y alcance del artículo 89 CP. Sorprende, sin embargo, que la circular no indique nada en relación con el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶³, que dispone que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año⁶⁴, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

⁶¹ *Ibidem*, p. 49.

⁶² *Ibidem*, p. 38.

⁶³ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

⁶⁴ El Tribunal Supremo ha entendido que lo relevante es que el tipo penal esté sancionado en el Código Penal con pena de un año o superior, no siendo aplicable a aquellos delitos que se muevan en horquillas que contemplen penas inferiores (STS –Sala de lo Contencioso– 2782/2018, de 3 de julio, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e3c935391307928d>). Conviene recordar que la propia Ley establece algunas excepciones en el artículo 57.5. Además, los residentes de larga duración se ven protegidos también por el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración. Sin embargo, el asunto varía, y mucho, si entra en juego la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. En estos casos, “sí procede la expulsión ‘automática’ de extranjeros residentes de larga duración condenados por delitos

Este silencio es sorprendente porque el Tribunal Supremo ha estimado que la aplicación de este precepto es automática, al afirmar que se trata “de una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración –con el juego de grados, atenuantes o conformidades– pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla –de nuevo– a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión, ya que el legislador sólo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito, por el que extranjero fue condenado, está sancionado, en el Código Penal español, con una pena privativa de libertad superior al año”⁶⁵.

dolosos con penas superiores a un año, prevista en el artículo 57.2 de la citada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.5 ni en el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE” (STS –Sala de lo Contencioso– 663/2019, de 27 de febrero, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8689128&statsQueryId=104020599&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX&optimize=20190312&publicinterface=true>, FD 4.

⁶⁵ STS – Sala de lo Contencioso 2041/2018, de 31 de mayo, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8414746&statsQueryId=104021159&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX%20Y%20arraigo&optimize=20180611&publicinterface=true>, FD 6. Se apoya la mayoría en que esta norma transpone el Derecho de la Unión y por eso no admite interpretaciones concretas en el ámbito de cada ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro”.

El Magistrado Rafael Fernández Valverde cuestiona el automatismo que sus colegas atribuyen al artículo 57.2 LOEX, afirmando que, siendo una infracción, su aplicación debe tomar en consideración la conducta personal del afectado y el principio de proporcionalidad (en la extensión temporal de la medida). Y apoya su idea en el criterio sistemático del precepto legal, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 186/2013/7, de 4 de noviembre –deber de ponderar sobre los efectos de la expulsión sobre la convivencia familiar– y 131/2016, de 18 de julio, en la que se afirma que la “ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental. Al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así

Conviene recordar, sin embargo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha opuesto a esta interpretación, al señalar que “no puede aceptar el argumento del Gobierno [español] de que la ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya ha sido realizada por el legislador con la aprobación del artículo 57.2 de la LOEx, que prevé una medida de expulsión en caso de condena penal por un delito intencional punible con pena de prisión superior a un año. A este respecto, el TEDH recuerda que la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el extranjero es sólo uno de los criterios que deben ser ponderados por las autoridades nacionales al valorar la necesidad de una orden de expulsión con respecto a los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio”⁶⁶.

como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ7)”) y normativa de la Unión Europea (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, que aprueba el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; y el artículo 28.1 de la Directiva 38/2004, de 29 de abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

El Magistrado José Juan Suay Rincón emite otro voto particular, en el que, partiendo de la idea de que el artículo 57.2 LOEX regula “una consecuencia asociada a la realización de una infracción penal, a su imposición no le puede ser ajena el juicio de proporcionalidad que, si bien pudiera resultar exigible en vía de principio, ya de entrada, a todo acto de gravamen, con mayor dificultad aún cabe eludir su toma en consideración, precisamente, ante una medida como la que nos ocupa que incide directa y gravemente sobre la propia esfera de libertad personal de sus destinatarios y aplicable incluso a extranjeros con autorización de residencia de larga duración” (apartado 2 *in fine*).

⁶⁶ Sentencia (Sección Tercera) de 18 de diciembre de 2018 Saber y Boughassal c. España, cit., § 48.

5. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y EL DERECHO DE LOS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PADRES EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea incide en la materia objeto de nuestro estudio a través de la emisión de diversas directivas que imponen límites a la actuación del Estado en materia de extranjería. Y lógicamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha encargado de delimitar el alcance de dichas restricciones que vinculan a los Estados miembros a través de su muy interesante jurisprudencia. Ambos extremos serán examinados a continuación.

5.1. *La normativa de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español*

Como ya se ha adelantado hay diversas normas que inciden en la expulsión de extranjeros. Especial interés presenta hoy⁶⁷ la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁶⁸, que dispone, en su artículo 5, bajo el título de “No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud”, que, al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio

⁶⁷ En el pasado debería aludirse también a la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, derogada por la Directiva 2004/38/CE. Conviene recordar que el Tribunal de Luxemburgo ya había establecido que la misma imponía algunos límites a la expulsión (como es que la misma se justificara si el afectado era una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o que pudiera ser impugnada en sede administrativa o judicial). Ver, en este sentido, la relevante STJUE (Sala Quinta) Orfanopoulos y otros y Oliveri contra Land Baden-Württemberg, de 29 de abril de 2004 (asuntos C-482/01 y C-493/01, §§ 100 y 116).

⁶⁸ Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/115/oj>. Es relevante en esta materia el Reglamento (UE) 2016/1953 establece un documento de viaje europeo uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1953/oj>).

de no devolución. Y la Comisión, en una relevante Recomendación⁶⁹, aconseja a las autoridades nacionales que “lleven a cabo una evaluación del interés superior del menor de forma sistemática sobre la base de un enfoque pluridisciplinar”⁷⁰.

También es relevante el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración⁷¹, titulado protección contra la expulsión. En su primer subapartado dispone que los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Y en el tercero exige que la decisión se pondere tomando en consideración la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de ellos con el país de origen. Vemos que esta normativa es perfectamente compatible con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, lógicamente, ha empapado nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 57.5.b LOEX, que traspone la directiva en nuestro país, dispone que, “antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”⁷².

⁶⁹ Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, disponible en <http://data.europa.eu/eli/reco/2017/432/oj>.

⁷⁰ § 13.d. Debe llamarse la atención de que la Comisión olvida que la vida familiar se puede ver afectada también cuando se expulsa a personas mayores de edad, como ha quedado acreditado en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷¹ Texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02003L0109-20110520&from=EN>.

⁷² Ya hemos indicado que el Tribunal Supremo español ha señalado que “sí procede la expulsión ‘automática’ de extranjeros residentes de larga duración condenados por delitos dolosos con penas superiores a un año, prevista en el artículo 57.2 de la citada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.5 ni en el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE” (STS –Sala de lo Contencioso– 663/2019,

Asimismo debemos contar con lo previsto en el artículo 28 (protección contra la expulsión) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁷³. Este precepto dispone, en su primer apartado, que “antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

Incide también en esta materia la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países⁷⁴, que impone a los Estados miembros que la apliquen “respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (artículo 3.2).

de 27 de febrero, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8689128&statsQueryId=104020599&calledfrom=searchresults&links=57.2%20LOEX&optimize=20190312&publicinterface=true>, FD 4.

⁷³ Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l33152>. La versión consolidada de esta Directiva puede ser consultada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=ES>. Este precepto ha sido transpuesto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>.

⁷⁴ Disponible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/40/oj>. Ha sido transpuesta al Derecho español en el artículo 64.3 LOEX, incorporado mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21187>).

Completa este recorrido una alusión contenida en la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros⁷⁵. Se indica que los Estados disponen de la “facultad de decidir suspender temporalmente la ejecución de una resolución [de retorno] en casos concretos, cuando lo consideren necesario por otros motivos (por ejemplo, vida familiar, salud o el interés superior del menor)”⁷⁶.

Puede afirmarse, a la vista de este breve recorrido histórico, que el Derecho de la Unión Europea es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que hemos examinado en líneas anteriores. Y esta percepción se confirma si se examina, de forma sintética, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

5.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Aunque las normas de la Unión que se han resumido en el apartado anterior son más tibias que la jurisprudencia reseñada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en líneas anteriores, es de justicia señalar que el Tribunal de Luxemburgo ha reafirmado la vigencia de los derechos fundamentales a la vida privada y la vida familiar en su jurisprudencia.

Centraremos nuestra mirada en algunas Sentencias relacionadas, en primer lugar, con la eventual incidencia de la expulsión de personas en sus derechos a la vida privada y familiar, para examinar después, en segundo lugar, otras más directamente relacionadas con el derecho de los menores a no ser separados de sus ascendientes.

⁷⁵ Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reco/2017/2338/oj>.

⁷⁶ § 1.2.4. in fine. Con carácter general, “la Comisión recomienda que se conceda un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra una decisión de retorno solo en los casos obligatorios citados, para encontrar el justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno”. No se comprende muy bien cómo se garantiza la tutela judicial efectiva si el amparo se obtiene cuando el afectado ya ha sido expulsado.

Así, interesa recordar, en primer lugar, la Sentencia López Pastuzano⁷⁷, que atañe a nuestro país, en relación con residentes extracomunitarios de larga duración (Directiva 2003/109/CE). El afectado, de nacionalidad colombiana, obtuvo un permiso de residencia de larga duración en 2013. Seis meses más tarde fue condenado a dos penas de prisión de doce y tres meses de prisión, respectivamente. La Delegación del Gobierno acuerda el 29 de junio de 2015 su expulsión y prohibición de no entrar en suelo nacional en cinco años. Cuando el afectado interpone recurso judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Pamplona decide plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Juzgado explica que existen dos modalidades de expulsión administrativa según que tengan su origen en la comisión de infracciones administrativas (art. 57.1 LOEX) o en ser condenado por conducta dolosa a pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LOEX). Señala también que la doctrina mayoritaria de los tribunales superiores de justicia es que las restricciones a la sanción de expulsión, previstas en el artículo 57.5 LOEX, que incluyen algunas específicamente dirigidas a los residentes de larga duración, solamente son aplicables cuando el origen del expediente se debe a infracciones administrativas y no a la comisión de ilícitos penales, como es el caso. La duda que traslada al Tribunal de Luxemburgo es si este entendimiento de la legislación española se compadece con el artículo 12 de la Directiva 2003/109, que ha sido examinada en líneas anteriores.

El Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva “dispone que, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. Por lo tanto, es indiferente que tal medida haya sido acordada como sanción administrativa o que sea consecuencia de una

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017, recaída en el asunto Wilber López Pastuzano contra Delegación del Gobierno en Navarra (asunto C-636/16), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-636/16>.

condena penal”⁷⁸. Recuerda que “tal medida no puede adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal”⁷⁹. En resumen, se impone “la aplicación de los requisitos de protección contra la expulsión de un nacional de un tercer Estado residente de larga duración respecto de toda decisión administrativa de expulsión, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma”⁸⁰.

También resulta de interés el caso *Nural Ziebell*⁸¹, en la que el Tribunal recuerda que la expulsión de un turco (que cumple los requisitos exigidos en la Decisión 1/80 para residir en suelo alemán), y al que el Tribunal considera aplicable el artículo 12 de la Directiva 2003/109 por no existir otra norma más cercana al supuesto de hecho⁸², por razones de orden o de seguridad públicos, conoce límites. En efecto la expulsión “sólo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Al llevar a cabo esa valoración, tales autoridades están obligadas, además, a velar por el respeto tanto del principio de proporcionalidad como de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho al respeto de su vida privada y familiar”⁸³.

⁷⁸ *Ibidem*, § 26.

⁷⁹ *Ibidem*, § 27, que trae a colación la Sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Ziebell* (C-371/08, EU:C:2011:809), apartados 82 y 83.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de diciembre de 2017, recaída en el asunto *Wilber López Pastuzano*, cit., § 29.

⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de diciembre de 2011, en el asunto C-371/08, en el procedimiento prejudicial que tiene su origen en *Nural Ziebell* y *Land Baden-Württemberg*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=116127&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35863>.

⁸² *Ibidem*, § 79.

⁸³ *Ibidem*, § 82. Se remite el Tribunal, en este punto, a la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Bozkurt* (C303/08, ECLI:EU:C:2010:800), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1B8D010EC03E5FB2451D66819599A-C34?text=&docid=83448&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9101650>, §§ 57 y 60, y jurisprudencia allí citada.

Por otra parte, se hacen dos consideraciones suplementarias en la Sentencia *Nural Ziebell* que conviene retener. La primera es para señalar que las medidas sobre el afectado “no pueden adoptarse de un modo automático a raíz de una

Incluso la expulsión inmediata (o la concesión de un plazo menor de siete días para que se produzca la salida voluntaria) de un extranjero en situación irregular no puede vincularse con el hecho de que sea sospechoso de haber cometido un acto tipificado como delito conforme al Derecho nacional o por haber sido condenado penalmente por tal acto⁸⁴. La alusión de la existencia de un riesgo para el orden público requiere un plus argumental, que tome en consideración otros factores, como son “la gravedad del acto, el tiempo transcurrido desde su comisión o la circunstancia de que dicho nacional se disponía a abandonar el territorio de ese Estado miembro cuando fue detenido por las autoridades nacionales”⁸⁵.

De esta jurisprudencia se deduce que la expulsión de un extranjero debe respetar los derechos a su vida privada y familiar y ser ponderada a la vista de criterios similares a los manejados por el Tribunal de Estrasburgo.

Esta necesidad es, si cabe, más imperiosa cuando existen menores de por medio. Especial interés presenta en esta investigación la Sentencia recaída en el asunto C-86/12⁸⁶, porque en ella se cuestiona si resulta legítimo denegar a un nacional de un Estado tercero, que asume en solitario el cuidado de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro en el que éstos viven

condena penal o con una finalidad de prevención general para disuadir a otros extranjeros de que cometan infracciones” (§ 83). La segunda es que la decisión de si la persona constituye una amenaza concreta debe realizarse no solamente en la decisión judicial que impone la condena, sino también tomando en consideración “los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría” (§ 84).

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 11 de junio de 2015, Z. Zh. Y Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, y entre Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie e I. O (asunto C-554/13), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164962&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=50057>, § 54.

⁸⁵ § 65.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de octubre de 2013, Adzo Domenyo Alokpa y otros contra Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (asunto C-86/12), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142826&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=47231>.

con él desde su nacimiento. La respuesta del Tribunal es contundente, al afirmar, en relación con la Directiva 2004/38/CE, que “la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste”⁸⁷.

Esta jurisprudencia se ha visto confirmada por la Sentencia de la Gran Sala de 8 de mayo de 2018⁸⁸. El Tribunal considera que “apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, las autoridades competentes deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta”⁸⁹.

No basta con que el otro progenitor pueda asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor, sino que resulta obligado pon-

⁸⁷ *Ibidem*, § 28.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.L., B.A., y Belgische Staat (asunto C-82/16), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201821&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=51023>.

⁸⁹ *Ibidem*, § 71. El Tribunal se apoya en la STJUE de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros (C-133/15, EU:C:2017:354), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190502&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9102954>, § 70.

derar otros factores (edad y desarrollo físico y emocional, intensidad de su relación con el progenitor afectado, y, en última instancia su interés superior) para determinar si existe, o no, una relación de dependencia entre ambos⁹⁰. Especial interés presenta el dato de que ambos convivan (aunque este dato no “llegue a constituir una condición necesaria”⁹¹).

El Tribunal de Luxemburgo ha asumido la idea, adelantada por el Tribunal de Estrasburgo⁹², de que lo relevante no es tanto que exista una filiación biológica o jurídica entre el menor y el adulto⁹³, sino que pueda acreditarse la existencia de una vida familiar efectiva con implicaciones afectivas y/o de dependencia. En definitiva, no se puede expulsar a un nacional de un tercer país y prohibir su regreso “sin tener en cuenta los datos de su vida familiar y, en particular, el interés de su hijo menor”⁹⁴.

Podemos concluir, a la vista de las resoluciones examinadas en líneas anteriores, que la existencia de un derecho efectivo a la vida

⁹⁰ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., y Belgische Staat, cit., § 72.

⁹¹ *Ibidem*, § 73.

⁹² Y es que “la existencia o ausencia de vida familiar se trata sobre todo de una cuestión de hecho, que depende de la existencia de vínculos personales estrechos (Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, § 31, serie A n° 31 y K. y T. contra Finlandia, citada, § 150). La noción de familia prevista por el artículo 8 atañe a las relaciones fundadas sobre el matrimonio y también otros vínculos *familiares* de facto cuando las partes cohabitan fuera de todo vínculo conyugal o cuando otros factores demuestran que la relación presenta suficiente constancia (Kroon y otros contra Países Bajos, 27 de octubre de 1994, § 30, serie A n° 297-C, Johnson y otros c. Irlanda, 18 de diciembre de 1985, § 55, serie A n° 112, Keegan c. Irlanda, 26 de mayo de 1994, § 44, serie A n° 290, y X., Y. y Z. contra Reino Unido, 22 de abril de 1997, § 36, Repertorio 1997-II)” [Sentencia (Gran Sala) Paradiso y Campanelli c. Italia, de 24 de enero de 2017, demanda 25358-12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/leng?i=001-170867>, § 140].

⁹³ Y es que “la existencia de un vínculo familiar, sea este biológico o jurídico, entre el ciudadano de la Unión menor de edad y su progenitor, nacional de un tercer país, no basta para justificar el reconocimiento al amparo del artículo 20 TFUE a dicho progenitor de un derecho de residencia derivado en el territorio del Estado miembro del que el hijo menor sea nacional” (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de mayo de 2018, K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., y Belgische Staat, cit., § 75).

⁹⁴ *Ibidem*, § 107.

familiar puede condicionar la expulsión de extranjeros que se encuentren en situación irregular. Y que el Tribunal de Luxemburgo ha reconocido, en consonancia con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los menores tienen un derecho fundamental a no ser separados de sus progenitores cuando exista, entre ellos, una fáctica vida familiar.

Dado que el Derecho de la Unión goza de aplicación preferente sobre las normas internas, resulta evidente que, cuando se aplica Derecho de la Unión, este derecho subjetivo de los menores debe ser respetado. Pero también cuando no entra en juego el Derecho de la Unión, puesto que España debe respetar siempre y en todo caso los derechos recogidos en los Tratados internacionales suscritos en esta materia. De un lado, en el artículo 9 CDN, que ha sido analizado en el segundo epígrafe del presente estudio. De otro, en el artículo 8 CEDH, que ha sido igualmente examinado en el apartado cuarto de este mismo escrito. Y en este último caso debe tomarse en especial consideración a la jurisprudencia dictada en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del Convenio.

Sería razonable que esta jurisprudencia empapara nuestro sistema interno de derechos constitucionales, si ello resulta posible. No lo cree así nuestro Tribunal Constitucional. Conviene recordar cuál ha sido su posición en la materia, y someterla, posteriormente, a examen crítico.

6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO PUNTO DE CONTRASTE

Hemos visto en líneas anteriores que hay derechos humanos, como son la vida privada y la vida familiar o el derecho de los menores a no ser separados de los progenitores que cuidan de ellos, que pueden condicionar, y mucho, la política de extranjería de nuestro Gobierno. La clásica idea de que el Estado tiene plena soberanía para acordar la expulsión de un extranjero hoy debe ser matizada seriamente, ya que tal medida debe ser compatible con los citados derechos.

Conviene hacer, notar, sin embargo, que ninguno de los derechos humanos se incluye, como derecho fundamental, en nuestra Consti-

tución. Esta es la opinión del Tribunal Constitucional, que vamos a analizar con detalle en el presente epígrafe. Pretendemos examinar, en particular, la limitada influencia que la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ha tenido sobre nuestro alto Tribunal.

A efectos expositivos, convendría abordar, separadamente, el estudio de la jurisprudencia constitucional relacionada con la expulsión administrativa, para pasar después a la relacionada con la aplicación del citado artículo 89 CP, que permite hoy sustituir una condena de prisión impuesta a un extranjero por su expulsión del territorio nacional y la prohibición de regresar al mismo durante un periodo de tiempo. Finalmente, examinaremos la jurisprudencia que puede comprometer el derecho del menor a no ser separado de sus progenitores.

6.1. *La expulsión administrativa de extranjeros*

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada que “la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre)”⁹⁵.

⁹⁵ STC 24/2000/3, de 31 de enero. En esta Sentencia se entiende que la intervención del juez penal que autoriza la tramitación gubernativa de la expulsión cuando el sujeto afectado está encartado por la presunta comisión de delitos menos graves “debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre)” (FJ 4 *in fine*), con independencia de que el control pleno de la decisión de expulsión corresponda a los órganos jurisdiccionales contenciosos-administrativos.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional avala que se pueda decretar la expulsión de un extranjero que ha sido condenado por la comisión de un delito, dado que ambas medidas responden a razones distintas: “la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”⁹⁶.

Especial interés presenta, en este apartado, la STC 131/2016, de 18 de julio, dado que el recurrente impugna su expulsión (prevista en el artículo 57.2 LOEX), por no tomar en consideración la jurisprudencia vertida por los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, y apoyarse exclusivamente en el interés público para avalar la medida, sin ponderar si ésta se justifica en la existencia de una amenaza “real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental en la sociedad” y sin evaluar su situación familiar.

Esta última cuestión ya había sido previamente invocada ante el alto Tribunal por otro recurrente, al que se le denegó la renovación del permiso de trabajo y residencia en España, sin valorar sus circunstancias personales (convivir con dos hijos menores que dependen de él, siendo uno de ellos ciudadano español). En la STC 46/2014/7, de 7 de abril, se considera que los órganos judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no ponderar circunstancias relativas, “primeramente, a su propio esfuerzo de integración y arraigo, toda vez que el recurrente carecía de otros antecedentes penales distintos de los ya expuestos y tenía además un contrato de trabajo indefinido; y en segundo lugar, al arraigo familiar (la madre del recurrente reside en Valencia con una autorización de residencia permanente), y que atañen, en fin, a dos menores (uno de los cuales es español, ambos son de corta edad, pues nacieron en 2002 y 2003, por lo que tenían 5 y 6 años en el momento de la solicitud, y están parcialmente bajo su custodia, dependiendo además económicamente de su pensión de alimentos)”. Afirma el Tribunal, con carácter general, que “la Administración, o los órganos judiciales en vía de recurso, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección

⁹⁶ STC 236/2007/14, de 7 de noviembre, que se remite al ATC 331/1997/6, de 3 de octubre.

social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño, debieron ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación” (FJ 6).

Es sorprendente que el Tribunal no examine si la ausencia de motivación sobre la intimidación familiar puede comprometer el derecho fundamental recogido en el artículo 18.1 CE⁹⁷.

Volviendo al examen de la STC 131/2016/5, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva porque “no se han tenido en cuenta [por parte de

⁹⁷ Y es que a este caso le es aplicable el canon de motivación reforzada que los tribunales deben realizar cuando están en juego los derechos fundamentales o los valores superiores del ordenamiento jurídico. En efecto, “hay que recordar que, como hemos manifestado en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional, [...] la motivación exigible a cualquier resolución judicial no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, sino que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior. Así, lo advierte la STC 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, en un caso análogo, pero también en muchas otras (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3, 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4): ‘Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. [...] Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3)’” (STC 81/2018/3, de 16 de julio).

la Administración] las alegaciones que formuló en el procedimiento administrativo acerca de sus circunstancias personales y de arraigo, en particular, el tiempo de residencia en España del interesado, los vínculos con nuestro país, la inexistencia de antecedentes en España, el hecho de que en el momento en que se dictó la resolución tenía dos hijos escolarizados en un colegio público de Gandía, y que tenía un negocio propio desde 2008. Esas circunstancias se pusieron de manifiesto a la Administración en escrito datado el 7 de octubre de 2011, al que acompañaba copia del libro de familia, permiso de residencia de su esposa e hijos, tarjeta censal de autónomo, copia de la declaración del impuesto sobre la renta, y también permiso de residencia. Y añadía que tenía cuenta bancaria abierta para atender a sus necesidades y a la sanción que se le pudiera imponer, manifestando también que no constaba en el expediente ningún documento en relación con la condena en Bélgica, ni si había sido cancelada o no (según ha acreditado el actor ante este Tribunal, por medio de certificación oficial de la correspondiente oficina belga, a agosto de 2014 carece de antecedentes penales en Bélgica)”. Existe, a juicio del Tribunal, “una clara negativa de la Administración a valorar las circunstancias alegadas por el actor, ya que se limita a rechazar las alegaciones mediante fórmulas estereotipadas, en lugar de llevar a cabo una motivación más detallada y apegada al caso, en la que se ponderaran de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego y las circunstancias personales y familiares del actor”. Tal lesión no solamente no ha sido reparada en sede judicial, sino que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha ahondado en ella, al entender que la expulsión administrativa (artículo 57.2 LOEX) no es una sanción, por lo que no cabe valorar las circunstancias personales del autor ni su arraigo por no ser de aplicación lo previsto en los artículos 57.5 y 55.3 del mismo cuerpo normativo (FJ 6). El Tribunal considera que estando en juego “una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal

ponderación (STC 46/2014, FJ 7)”. Constanda tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta innecesario determinar si también cabría anudar la misma al desconocimiento del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 7).

A la vista de este esquemático resumen de la jurisprudencia del Alto Tribunal, podemos concluir que el Tribunal estima que la impugnación de una medida administrativa de expulsión exige una motivación reforzada por parte de la Administración y de la autoridad judicial al poder comprometerse la protección de la familia (artículo 39.1 CE) y de los menores (artículo 39.4 CE).

6.2. La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 (sin menores de por medio)

Se ha señalado con anterioridad que el artículo 89 CP tiene su precedente en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985. Y en relación con este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado, con carácter general, que “no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar”. Ha precisado en la misma Sentencia que “no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal”⁹⁸. Ha entendido, en todo caso, que las

⁹⁸ STC 242/1994/2, de 20 de julio. En esta Sentencia, con invocación expresa de los artículos 12 y 13 PIDCP (FJ 5), se concluye que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial sin indefensión del recurrente por no haber celebrado la audiencia prevista en el artículo 21.2 en el que pudiera “formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo

resoluciones que resuelven sobre tal cuestión deben ser motivadas⁹⁹, dado que está en juego la libertad personal.

Ya se ha señalado que el artículo 89 CP ha posibilitado u obligado, en sus distintas formulaciones históricas, a que el órgano judicial pueda sustituir la pena de prisión impuesta a un extranjero en situación irregular (en la versión actual, a ciudadanos extranjeros), por una pena de expulsión del territorio nacional y prohibición de reingreso durante algunos años. También se ha indicado que este precepto es polémico porque puede comprometer el derecho a la vida familiar.

El Tribunal Constitucional ha realizado un cierto control sobre la aplicación del citado precepto legal, si bien se ha centrado más en el derecho a la tutela judicial efectiva que en su eventual incidencia en derechos fundamentales sustantivos. Así, por ejemplo, en el ATC 106/1997/3, de 17 de abril, afirma que la decisión judicial, entonces discrecional, de acordar o no acordar la expulsión del condenado de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.2 CP debe ser motivada¹⁰⁰.

de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad” (FJ 7).

Por otra parte, el condenado no tiene derecho a que el órgano judicial acuerde la sustitución de la pena de cárcel por la expulsión: “no cabe, en efecto, hablar de un derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución, y que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio *pro libertate*” (ATC 33/1997/3, de 10 de febrero).

⁹⁹ No cumple este requisito la providencia que se limita a señalar que “visto el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal y de conformidad con el mismo, no ha lugar a la expulsión del país solicitada por Kenneth Ronald Gemert en sustitución de la pena impuesta”. No puede aceptarse una motivación por remisión (en sí mismo cuestionable) porque tampoco hay motivación en el citado dictamen (“El Fiscal se opone a lo solicitado”) (STC 203/1997/5, de 25 de noviembre).

¹⁰⁰ Ver, en el plano doctrinal, Izquierdo Escudero, Francisco Javier: “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 1997\5, pp. 1861 ss. En otra relevante resolución, el Tribunal señalará que “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso,

También es interesante la STC 15/2005/5, de 31 de enero. Aunque lo que se cuestiona en ella es si la providencia que deniega la pretensión del recurrente, con apoyo a lo indicado por el Ministerio Fiscal, vulnera, o no el derecho a obtener una resolución judicial motivada, y el Tribunal Constitucional entiende que no, se realiza alguna afirmación añadida que interesa a los fines del presente estudio. Y es que la Sala Segunda parece avalar la afirmación del Ministerio Fiscal de que “la política criminal se ha plasmado en una opción legislativa por la expulsión obligatoria”, sobre cuya corrección declara que no puede pronunciarse. Este asunto tiene lugar, en efecto, cuando la aplicación del artículo 89 CP es imperativa. Y tal carácter sí que puede resultar lesivo en sí mismo considerado, como han entendido los Tribunales europeos arriba examinados, ya que obvia todo control judicial de la medida que no sea puramente formal. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado posteriormente que el artículo 89.1 CP “es susceptible de una evidente interpretación conforme a la Constitución, generalizada en la práctica judicial y en la doctrina”¹⁰¹. Con invocación de otras resoluciones previas¹⁰², el Tribunal Constitucional recuerda que resulta preciso “para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego” “dar audiencia al penado (aunque la redacción previa a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 no la recogiera) para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar”. En línea con lo señalado, estimará en la posterior STC 113/2018/5, de 29 de octubre que se vulnera el derecho de defensa de otro recurrente recordando la necesidad de “abrir un nuevo trámite de alegaciones en

en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión” (ATC 132/2006/2, de 4 de abril).

¹⁰¹ ATC 180/2015/4, de 3 de noviembre. Ver también el ATC 467/2007, de 17 de diciembre.

¹⁰² SSTC 242/1994/6-7, de 20 de julio; 24/2000/4, de 31 de enero, y 140/2009/6, de 15 de junio, FJ 6 y STS de 8 de julio de 2004.

el caso de que las partes y el Ministerio Fiscal sólo se hubieran pronunciado acerca de la medida de expulsión obligatoria para penas superiores a un año de prisión. De esta manera posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estime conveniente”.

Por otra parte, el Tribunal, en la STC 145/2006/4, de 8 de mayo, ampara al recurrente, que se ve afectado por una orden de expulsión cuando, habiendo cumplido más de dos años y medio de condena de los tres impuestos en su día. La decisión judicial se considera irrazonable porque nadie interesó la expulsión del extranjero en situación irregular, pudiendo haberlo hecho, durante el juicio, y porque, además, la nueva redacción del precepto penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, solamente contempla la sustitución de la pena en ejecución si la pena impuesta es superior a seis años, lo que no es el caso¹⁰³.

Al igual que ocurría con la jurisprudencia relacionada con la expulsión administrativa de extranjeros, parece que la aproximación del Tribunal Constitucional al artículo 89 CP se ha realizado, casi siempre, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁴.

¹⁰³ Debe hacerse notar que el recurrente había hecho valer ante el órgano judicial que “lleva veintiún años de residencia y empadronado en Madrid, que está casado con una mujer de nacionalidad española y que tiene una hija, también española, de diecisiete años”, y que, además, “tiene un buen comportamiento en el centro penitenciario”, y que éste se limita a consultar si tiene residencia legal en nuestro país. Ninguna de estas afirmaciones fue valorada por el órgano judicial, y no se invocó ante el Tribunal Constitucional el derecho a la vida familiar del artículo 18 CE. También se ampara a otro recurrente en la STC 110/2009/3, de 11 de mayo, porque, condenado a una pena de dos años de prisión, se sustituyó ésta por la expulsión en fase de ejecución, lo que solamente era posible, en aquél momento, para condenas superiores a seis años. En aquél momento, “la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no reside legalmente en España” debía “ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años”. El amparo se vincula, también en este caso, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁰⁴ “La sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional con prohibición de regreso cuando tal sustitución está prevista en Sentencia ex art. 89.1 del Código penal (CP) ha sido objeto de consideración por este Tribunal. Tal es el caso de las SSTC 15/2005, de 31 de enero, 145/2006,

6.3. La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 89 cuando su aplicación afecta a menores

Se ha señalado que existe, en particular, un derecho de los menores a no ser separados de los progenitores de los que dependen afectiva y/o económicamente. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una expulsión de un extranjero puede afectar, así, al derecho a la vida familiar.

No comparte este parecer el Tribunal Constitucional. En la muy relevante STC 186/2013, de 4 de noviembre, se enfrenta frontalmente con esta cuestión. Una ciudadana argentina, G.V.A., impugna ante el Tribunal Constitucional una expulsión decretada al amparo del artículo 89 que conlleva la imposibilidad de regresar durante diez años (rebajados a cinco en sede judicial) al considerar que lesiona el derecho a la intimidad familiar y las libertades de residencia y circulación de ella misma y de su hija española que es menor de edad.

La Sala Segunda afirma que, aunque en principio no se compromete la libertad de residencia y circulación de la menor (a la que no se ha impuesto ningún límite) (FJ 4), esta sí que se ve afectada por la expulsión de su madre (FJ 5). También se ve condicionada la convivencia entre madre e hija, lo que afecta a la protección de la familia (prevista en el artículo 39.1 CE), así como con el deber de los padres de asistir a sus hijos (contemplado en el artículo 39.3 CE). Entiende, en todo caso, que la menor mantendrá un relevante arraigo en España (a través de su padre y abuelos). Algunos Magistrados discrepan de esta posición por entender que son los progenitores “los primeros y principales sujetos llamados a encargarse de los hijos, razón por la cual su deber aparece constitucionalizado” (artículo 39.3 CE).

Tampoco considera la Sala Segunda vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE). Aunque es concedora

de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo, que, no obstante, analizan esta cuestión desde la perspectiva de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes en sus propios términos (art. 24.1 CE) y al principio de legalidad penal (art. 25 CE)” (ATC 185/2011/2, de 21 de diciembre, en el que deja sin efecto la providencia de inadmisión del recurso de amparo 3464-2009, y repone las actuaciones al momento anterior).

de que el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía forma parte del derecho a la vida privada del artículo 8.1 CEDH (STEDH Johansen, de 27 de junio de 1996) y que ello puede limitar en ocasiones la aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros (STEDH Dalia, de 19 de febrero de 1988), entiende que tal contenido no está incluido en nuestra Constitución. En efecto, como ya adelantara en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, el artículo 18.1 CE no contiene ni el derecho a la vida familiar ni el derecho a la reagrupación familiar. La alusión a la intimidad familiar recogida en dicho precepto se limita a reclamar un ámbito reservado por el individuo para sí y para su familia (FJ 6). La vida familiar se proyecta, en nuestro ordenamiento constitucional, en los principios que consagran el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1), la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1 CE) y de los niños (artículo 39.4), que no pueden ser tutelados a través del recurso de amparo (artículo 53.2 CE) (FJ 7). También algunos Magistrados discrepan de esta opinión.

La recurrente recurrió esta Sentencia de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es probable que la jurisprudencia anterior del Tribunal de Estrasburgo explique que el Reino de España haya optado por llegar a un acuerdo amistoso con la víctima ante una eventual condena que le podría haber sido impuesta. El Gobierno español reconocía la vulneración de los artículos 8 (vida familiar) y 13 (derecho al recurso), dejaba sin efecto la expulsión y prohibición de regreso y acordaba una indemnización de 19.104,73 euros. El Tribunal Europeo, a la vista de dicho acuerdo, decreta el archivo de las actuaciones¹⁰⁵.

Menor interés presenta la STC 29/2017/5, de 27 de febrero, en la que también se impugna la expulsión de la recurrente, medida adoptada al amparo del artículo 89 en la redacción dada por la LO 5/2010. La medida se adopta porque, “aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o docu-

¹⁰⁵ ATEDH (Sección Tercera), de 17 de marzo de 2015 recaído en el asunto G. V.A. c. España (demanda 35765-14), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174230>.

mento similar”. El Tribunal Constitucional considera que esta motivación resulta manifiestamente insuficiente a la vista de las pruebas aportadas en el proceso¹⁰⁶.

Esta visión restrictiva de la intimidad familiar defendida en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 186/2013, de 4 de noviembre, ha sido reafirmada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el muy relevante ATC 40/2017, de 28 de febrero. El origen de este proceso constitucional está en la invocación en la eventual vulneración del derecho a la intimidad familiar que se produciría por la negativa de aproximar a los presos al lugar de residencia de sus familias que se apoyaría en la unidireccional jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia¹⁰⁷. Y la mayoría del Pleno se reafirma en la idea de que “el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no son coextensos” (FJ 3).

La mayoría del Pleno considera que “el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y

¹⁰⁶ En efecto, “la decisión judicial concernía a una institución en la que, tal como ha reiterado el Tribunal en la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño. En efecto, la afirmación judicial de que no ha quedado demostrado documentalmente la situación de arraigo y la existencia de medios legales de vida contrasta con la realidad incontestada y no negada por las resoluciones judiciales de que se hizo efectiva entrega, se propusieron y se admitieron como prueba en el proceso penal, al menos, la fotocopia del libro de familia de la recurrente, las inscripciones literales del Registro Civil del nacimiento de sus dos hijos menores de edad nacidos en España y de su matrimonio en España, las tarjetas de residencia de sus hijos y marido, y la resolución sobre reconocimiento de alta de su marido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. En ese sentido, la mera afirmación de que no existe acreditación documental, por resultar apodíctica, no satisface las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE de que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este discurso permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión” (FJ 5).

¹⁰⁷ SSTEDH de 25 de julio de 2013 (asunto Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia), de 23 de octubre de 2014 (asunto Vintman c. Ucrania), y de 14 de enero de 2016 (asunto Rodzevillo c. Ucrania).

reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 3)”, ámbito que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar” (FJ 3.a).

Por esta razón no afectan a este derecho fundamental ni la reagrupación familiar de extranjeros (STC 236/2007) ni la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2 CP (que afecta al libre desarrollo de la personalidad, STC 60/2010/8.c, de 7 de octubre). Se reitera que la protección constitucional de la vida familiar no se encuentra en el citado artículo 18.1 CE, sino en los artículos 10.1 (libre desarrollo de la personalidad), 39.1 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 39.4 (protección de los niños) CE, preceptos que no pueden ser invocados a través del recurso de amparo (artículo 53.2 CE). Por estas razones se concluye que la única misión del Tribunal Constitucional en esta materia es supervisar que las decisiones administrativas y/o judiciales que se adopten sean motivadas y ponderen los intereses en juego.

7. LA NECESIDAD DE REVISAR EL ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DEL ARTÍCULO 18.1 CE

En páginas anteriores se ha evidenciado que las autoridades españolas están obligadas, en su actuación diaria, a respetar la vida privada y familiar de los justiciables. En relación con las medidas de expulsión de extranjeros, se ha recordado que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Derecho de la Unión impone que las mismas ponderen su alcance a la luz de diversos criterios. Y que cuando hay menores afectados, la decisión debe proteger su interés superior, y respetar, cuando proceda, su derecho a no ser separados de sus progenitores. Estamos en presencia de un derecho subjetivo que debe ser tutelado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que ese derecho subjetivo no tiene carácter constitucional (léase fundamental) por lo que su incumplimiento solamente puede ser examinado desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución administrativa y/o

judicial motivada. En efecto, el Tribunal señala “que la fundamentación ‘debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio’ (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6)”¹⁰⁸.

A nuestro entender, nuestro Tribunal Constitucional yerra en esta jurisprudencia, que ha querido subrayar y reafirmar en el citado ATC 40/2017. Creemos que la construcción que hace hoy del derecho fundamental a la intimidad familiar carece de coherencia interna y que debería evolucionar hacia una clara aproximación, sino identificación, entre intimidad familiar y vida familiar.

¿Por qué se afirma que la construcción actual de la intimidad familiar carece de coherencia interna? Porque la jurisprudencia se fundamenta en una premisa que el propio Tribunal Constitucional no ha respetado siempre. La premisa, tantas veces recordada, es que la intimidad ofrece ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Estamos, así, ante la clásica construcción liberal de la intimidad, que impone un deber de abstención en el Estado (y, si se defiende la eficacia horizontal del Derecho, de terceros). En su caso, la dimensión objetiva del derecho fundamental se concretaría en la emisión de normas que impidan las eventuales lesiones que provengan de terceras personas (a través de la previsión de ilícitos, civiles y/o penales, y la depuración de las eventuales responsabilidades).

¹⁰⁸ STC 16/2016/6, de 1 de febrero. En este caso concluirá el Tribunal que “la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE” (FJ 10).

Sin embargo, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ya ha alterado la naturaleza del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en su jurisprudencia previa. En efecto, lo ha dejado de entender como un derecho típico de libertad o de abstención, imponiendo en ocasiones obligaciones positivas¹⁰⁹ a los poderes públicos.

Esto ha ocurrido, destacadamente, en la jurisprudencia relacionada con el derecho al silencio o a la paz medioambiental¹¹⁰. De forma resumida, el Tribunal entiende que la Administración municipal está obligada a hacer cesar la contaminación medioambiental que una persona pueda sufrir en su domicilio. Adopta este enfoque asumiendo, de forma acrítica, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia (destacadamente en el asunto López Ostra¹¹¹). De esta forma, la protección del medio ambiente y de la salud (previstas en los artículos 45.1 y 43.1 CE) se garantiza mediante la simultánea lesión de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

Hemos discrepado abiertamente de esta construcción en el pasado¹¹², por entender, que la misma altera la naturaleza del derecho a la

¹⁰⁹ En el VP suscrito por los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré a la STC 186/2013, de 4 de noviembre, se aluden a estas obligaciones positivas, aunque no se recuerda en ella la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional en las que ya han sido tomadas en consideración en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE (punto 6).

¹¹⁰ Ver las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre.

¹¹¹ STEDH de 9 de diciembre de 1994, demanda 16798-90, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62468>. Ver, también, STEDH de 16 de noviembre de 2004, recaída en el asunto Moreno Gómez (demanda 4143-02, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67477>).

¹¹² En Matia Portilla, Francisco Javier: “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 94 (enero-abril 2012), pp. 355 ss., disponible en <http://alberguweb1.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2015/07/2012-Hay-un-DDDF-al-silencio-separata.pdf>. En este trabajo no solamente se discrepaba del enfoque empleado por el Tribunal Constitucional (la asimilación entre el derecho a la paz medioambiental en el domicilio y los derechos fundamentales recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE), sino también de la respuesta dada al recurrente en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, por separarse abiertamente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia (exigiendo una prueba volumétrica en una vivienda situada en una Zona Acústica Saturada).

intimidad personal y familiar prevista en nuestra Constitución. Es verdad que nuestra Constitución contiene una cláusula de apertura interpretativa en su artículo 10.2, pero hemos razonado que su invocación no permite forzar el contenido y alcance de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos, alterando su naturaleza¹¹³.

No ocurre esto, sin embargo, en el caso que nos ocupa. Resulta indudable, a nuestro entender, que la familia y los hijos se encuentran directamente concernidos en la noción de intimidad familiar recogida en el artículo 18.1. Se podría asimilar así, en este punto, la idea de intimidad familiar de nuestra Constitución con la de vida familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y es igualmente defendible afirmar que las decisiones que afectan a nuestra familia o nuestros hijos inciden también en nuestra intimidad personal, puesto que ésta “se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen”¹¹⁴. En resumen, se puede sostener que las decisiones que inciden en la relación familiar y, especialmente, en el derecho de los hijos a convivir con sus progenitores, afectan al derecho a la intimidad familiar de las personas afectadas y a la intimidad personal de cada una de ellas. No se altera, en este caso, la naturaleza de los derechos fundamentales aludidos porque no se entremezclan con materias (salud, medio ambiente) que guardan mayor relación con otros (integridad física y moral).

El propio Tribunal maneja este mismo enfoque cuando entiende que el derecho a la intimidad personal y familiar se puede ver comprometido al no reconocer el derecho de los padres a disponer de los restos humanos de su hijo para su enterramiento. Sostiene el Alto Tribunal que “a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de

Se pronosticaba una nueva condena al Reino de España que tuvo lugar en la relevante STEDH de 16 de enero de 2018, asunto Cuenca Zarzoso, demanda 23383-12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180296>.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 371 ss.

¹¹⁴ STC 231/1988/4, de 2 de diciembre. Idea reiterada en la STC 190/2013/2, de 18 de noviembre.

Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE¹¹⁵. Resulta llamativo que en este caso la Sala Primera no se cuestiona previamente si resulta constitucionalmente posible y adecuada la asunción acrítica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia¹¹⁶.

Sí que lo hacen algunos Magistrados en sus Votos Particulares. El Presidente de la Sala y del Tribunal Pérez de los Cobos considera que la Sala ha realizado una “indebida ampliación del ámbito protegido por el art. 18.1 CE”. Y la Magistrada Roca Trías considera que la mayoría “acoge acríticamente los argumentos de las sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en los casos Hadri-Vionnet y Marić sin una justificación sólida que avale la implantación, de un derecho fundamental, que, según nuestra jurisprudencia, parece encontrar mejor acomodo en el art. 10 CE: libre desarrollo de la personalidad”. Recuerda que el derecho a la vida familiar “no se encuentra comprendido en el art. 18.1 CE”.

En todo caso, esta consideración, que es la tradicionalmente asumida por el Tribunal Constitucional, merece ser sometida a reflexión crítica. A la vista de la contundente jurisprudencia de los principales Tribunales europeos se debería reconsiderar la idea de que no compromete nuestra intimidad familiar (acaso, también, la personal) aquéllas decisiones que comprometen seriamente la existencia misma de nuestra vida familiar en supuestos como los examinados en líneas anteriores (especialmente, en el de separación de padres e hijos).

El propio Tribunal Constitucional es consciente de que la STC 11/2016 contempla una visión mucho más generosa de la intimidad familiar que la que se deriva de su restante jurisprudencia. Pero no

¹¹⁵ STC 11/2016/3, de 1 de febrero.

¹¹⁶ Ver, en especial, las SSTEDH de 14 de febrero de 2008, Hadri-Vionnet c. Suiza (demanda 55525-2000, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85077>) y de 12 de junio de 2014, Marić c. Croacia (demanda 50132-2012, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144681>). Ambas se citan expresamente en la STC 11/2016/2, de 1 de febrero.

resulta acertado que se justifique esta divergencia afirmando que la misma “se atiene a un supuesto singular, sin manifestar una genuina vocación revisora de la doctrina precedente, y sin aseverar en ningún momento que sea procedente reformular el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE mediante la íntegra recepción de la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 8.1 CEDH en todas sus posibles facetas”¹¹⁷. Lo que el Tribunal no explica en el ATC 40/2017 es porque en un caso concreto considera oportuno guiarse por una construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y no hacerlo en otros supuestos. Aunque puede defenderse (y resulta acertado hacerlo) que no resulta posible realizar una traslación automática y acrítica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, se debería explicar por qué ha sido razonable hacerlo en algunos supuestos (derechos al silencio y a disponer de los restos del hijo) y no en otros.

Tiene razón el Magistrado Xiol Ríos (en su VP al ATC 40/2017, al que se adhieren los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré) cuando afirma que la “renuencia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE la convivencia y contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada”¹¹⁸. Las decisiones públicas que conllevan el distanciamiento entre miembros de una familia, afectan siempre a la intimidad familiar (también, es posible defenderlo, a la intimidad personal), y si hay menores de por medio, es obvio que también a sus derechos, que merecen una especial tutela por su situación de vulnerabilidad. Entender, por ejemplo, que el derecho a la intimidad familiar de un menor incluye el derecho a no verse separado de sus

¹¹⁷ ATC 40/2017/3, de 28 de febrero.

¹¹⁸ Del interesante VP conviene recordar la cita de la STC 201/1997, de 25 de noviembre, en la que el Tribunal entiende que el acuerdo del Director de un Centro Penitenciario, confirmado en sede judicial, de prohibir el uso del euskera en la comunicación telefónica semanal que mantiene con su familia vulnera el derecho fundamental a la intimidad familiar. Señala el Magistrado Xiol Ríos que, con tal precedente, resulta chocante que se pueda tachar “de manifiestamente inexistente una lesión de ese derecho cuando se trata de controlar decisiones que afectan a la posibilidad misma de que se mantenga una comunicación personal entre esas mismas personas que mantienen vínculos familiares” (punto 4).

progenitores. Es obvio que tal derecho será, como siempre, limitado y que puede haber supuestos en los que una medida que suponga una separación familiar deberá ser considerada proporcionada (en aras a la defensa de intereses generales o de la propia preservación de su interés superior). No estamos negando tal posibilidad. Lo que sí defendemos es que tal decisión afecta siempre, de manera indubitada, al derecho a la intimidad familiar.