

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD FAMILIAR. LA IMPRONTA GARANTISTA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sonia García Vázquez

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional
Universidade da Coruña

Recepción: 30 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 1 de septiembre de 2015

RESUMEN: Este artículo doctrinal analiza el contenido del derecho a la intimidad y vida familiar, así como su alcance en nuestra jurisprudencia constitucional en contraste con la jurisprudencia garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: derecho a la intimidad familiar; derecho al respeto de la vida familiar; libertad de residencia; menores; jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT: This article analyzes the content of the right to privacy and family life, as well as its reach in our constitutional jurisprudence in contrast to the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS: right to family privacy; right to family life; freedom of residence; minors; Spanish Constitutional Court, European Court of Human Rights and Court of Justice of European Union jurisprudence.

SUMARIO: I. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR: ¿UNA DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR? II. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS. LA RELEVANTE POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MARCO CONFIGURADOR DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y VIDA FAMILIAR. IV. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA "INTIMIDAD FAMILIAR" POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: STC 186/2013. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR: ¿UNA DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR?

Si bien como consecuencia de las enormes diferencias sociales y culturales existentes entre los distintos Estados no resulta posible aportar una definición legal unívoca del concepto de familia, la creación de una familia como derecho de todos los individuos no fue preterida en los acuerdos internacionales ratificados después de la Segunda Guerra Mundial, que han de informar, a través del artículo 10.2 CE¹, cláusula de simpatía con los derechos humanos en palabras del Prof. PETER HÄBERLE, la interpretación de las normas que tutelan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente².

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, pone de manifiesto en su apartado 3 que la familia es el elemento natural de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte del Estado. Esta concepción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad se recoge, igualmente, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, donde se proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar; en el artículo 16 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961; en el artículo 23.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el 17 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 10 de diciembre de 1966. Por su parte, el Convenio de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho de todos los hijos/as menores a relacionarse con ambos progenitores, incluso cuando éstos no convivan juntos y residan en países diferentes (artículos 9 y 10).

Pese a todo, ninguno de estos instrumentos jurídicos internacionales nos aporta una definición concreta acerca de qué es la familia. En el contexto europeo, la familia-tipo es la nuclear monogámica, pero no existe un modelo único, sino múltiples formas que

1 Nos encontramos ante un precepto garantista que construye un muro de protección frente a la acción del legislador nacional, y sirve no sólo para interpretar las normas contenidas en la Constitución, sino "todas las del ordenamiento jurídico relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que reconozca la Norma fundamental" (STC 72/1982, de 2 de diciembre). Por ello, parece claro que los Tratados internacionales, como elemento interpretativo de nuestros derechos fundamentales, podrían aplicarse siempre en sentido positivo, a través del precepto al que nos hemos referido, para extender el alcance de los derechos contenidos en las leyes que han desarrollado los principios rectores. La protección de la familia es un principio rector que se impone a todos los operadores jurídicos y parece que un desarrollo evolutivo más abierto sería la tendencia democrática natural.

2 En este sentido resulta interesante consultar A. RODRÍGUEZ, Integración europea y derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2001, pp. 292 y sg. A. SAIZ ARNAIZ, La apertura constitucional del derecho internacional europeo de los derechos humanos, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 79 y sg.

corresponden a una sociedad plural e impiden interpretar el concepto de un modo restrictivo. Cada día surgen problemas culturales e ideológicos que revelan la existencia de diferentes tradiciones, mentalidades y prioridades de normas sociales que, por su naturaleza, dificultan la fijación de objetivos de convergencia³.

Respecto al ámbito jurídico interno cabe decir que si bien el artículo 39 de la Constitución española se configura como el eje alrededor del cual gira el tratamiento constitucional de la familia, no manifiesta expresamente, en ninguno de los preceptos de su articulado, qué debe entenderse por "familia". No obstante, es interesante destacar, en primera instancia, que la Constitución no ha identificado a la familia con la que tiene origen en el matrimonio⁴, conclusión que se impone no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones (artículos 32 y 39 CE), sino también porque el amparo que la Norma fundamental le otorga responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2 CE) y a la atención que, por consiguiente, debe otorgarse a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Concluiremos, por tanto, que junto a la familia de origen matrimonial, por relevante que ésta sea, existen otras, como corresponde a una sociedad democrática, moderna y plural.

La protección de la familia⁵, reconocida en el artículo 39 CE, integrado en el Capítulo referente a los "principios rectores de la política social y económica", determina que esta finalidad tuitiva informe la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En otras palabras, la adopción por un poder público de cualquier medida prevista en la Ley que tenga incidencia en el desarrollo de la vida familiar, en un supuesto donde el artículo 39 CE no pueda ser relacionado con alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, bien la intimidad (art. 18 CE), la igualdad (art. 14 CE) o la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), carece, a los efectos de la jurisdicción de amparo, de dimensión constitucional, salvo en lo que se refiera al control de la motivación de la resolución judicial desde el prisma del art. 24.1 CE.

La reforma del régimen de reagrupación familiar, por ejemplo, constituyó una de las novedades más relevantes, por su trascendencia práctica, de la legislación de extranjería española. Una manifestación patente de ello sería su reconocimiento como un verdadero derecho, dejando obsoleta la concepción de que se trataba simplemente de una habilitación destinada a la tramitación de la solicitud de un tipo especial de visado. Según la dicción literal del artículo 16.1 de la vigente Ley Orgánica de Extranjería, los extranjeros residentes

3 M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 141. S. L. ZIMMERMAN, *Understanding Family Policy: Theoretical Approaches*, Newsbury Park, Sage, 1988. Para aproximarse al análisis de las políticas de familia en Europa del Sur véase L. FLAQUER, *Family Policy and Welfare State in Southern Europe*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2000.

4 STC 222/1992, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5º. Véase el análisis de A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Comentarios a la CE. La jurisprudencia del TC*, Editorial Areces, Madrid, 1993. J. GARCÍA MORILLO, "La protección de la familia", en J. DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRERA, *El régimen constitucional español*; Ed. Labor, Madrid, 1980, p. 319.

5 La Constitución española se refiere, directa o indirectamente, a la institución familiar en los artículos 18.1, 35, 39 y 50.

tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista por la Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

Si la perplejidad que genera la confusa y desafortunada redacción de este precepto es fruto de una confusión conceptual o de una incorrección técnica del legislador, no resulta de nuestro interés en este momento. Sin embargo, la conclusión que se extrae de la lectura de este artículo genera un equívoco, como consecuencia de esa aparente identificación entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida familiar que, obviamente, son dos realidades jurídicas diferentes.

El concepto de reagrupación familiar, entendida como facultad del extranjero residente para solicitar la entrada de sus familiares en territorio Schengen, abarca tanto el supuesto en el que se intenta traer a los miembros de una familia que estaba constituida con anterioridad, como el caso de que el reagrupante, después de su entrada en un Estado miembro, decida fundar una familia con un nacional de un tercer país que no vive en ese Estado. La actual regulación legal confiere el derecho a la reagrupación familiar, solamente, al extranjero residente, es decir, al que posea una autorización de residencia, y no a los familiares susceptibles de ser reagrupados. La exigencia de una autorización de residencia temporal o permanente excluye del derecho a la reagrupación familiar a los trabajadores de temporada o fronterizos y a los que obtengan una oferta de empleo por tiempo limitado, medida que afecta especialmente a los nacionales de países terceros firmantes de acuerdos migratorios con España.

El requerimiento de que se trate de un extranjero residente se recogía, también, en la propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea, de 2 de mayo de 2002 y, finalmente, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, aplicable en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea nacional de un país tercero, resida legalmente en un Estado miembro, y sea titular de una autorización o permiso de residencia expedido por dicho Estado, por un período de validez superior o igual a un año.

Llegados a este punto, es necesario recordar que los familiares de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados que forman parte del Pacto con el Espacio Económico Europeo no son objeto del ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería. Por el contrario, los nacionales de terceros Estados que tengan vínculos familiares con españoles o ciudadanos comunitarios, serán reagrupados en España conforme a la normativa marcada por el Real Decreto 240/2007, considerándose los obstáculos a la reagrupación familiar como una restricción al ejercicio del derecho.

II. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS. LA RELEVANTE POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, representa el sistema de protección internacional de derechos que mejor ha funcionado, adquiriendo singular importancia por lo que simboliza y por gozar de un órgano dedicado, en exclusiva, a su interpretación, que no es otro que el Tribunal de Estrasburgo.

Desde su primera Sentencia: el Caso *Lawless* contra Irlanda, de 1 de julio de 1961, el cuerpo jurisprudencial que ha ido elaborando ha sido utilizado por nuestro Alto Tribunal para interpretar derechos constitucionales en el ámbito nacional. El carácter privilegiado de este Tribunal europeo se ha acrecentado con la entrada en vigor del Protocolo nº 11 que eliminó el filtro previo de la Comisión, reforzando su posición entre los órganos de garantías.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que actúa como órgano judicial aplicativo del Convenio y como órgano intérprete del mismo, puede conocer de demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por cualquiera de los Estados parte. La demanda debe plantearse subsidiariamente después de haber agotado las vías de los recursos ordinarios y extraordinarios; es decir, en nuestro ordenamiento jurídico interno, si fuese el caso, después de interponer el pertinente recurso de amparo.

Realmente, el Convenio no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas de los diferentes Estados firmantes, ni tampoco impone a los mismos unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio. En otras palabras, la aceptación genérica de la jurisdicción del TEDH no supone que las sentencias tengan directamente eficacia ejecutiva. No obstante, será competente para resolver los casos que se le planteen y al hilo de éstos realizar la interpretación y aplicación del Convenio con carácter general.

Recientemente, el debate sobre la posición del Tribunal de Estrasburgo ha dado lugar a una sugestiva controversia doctrinal como consecuencia de la posición del Convenio en el entramado comunitario. Es obvio que, hoy en día, resulta imposible comprender adecuadamente el alcance material de la protección de los derechos fundamentales en un concreto ordenamiento jurídico nacional, si hacemos abstracción de las normas tuitivas internacionales y comunitarias. Sin atisbo de duda, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo es un tema extraordinariamente complejo debido a la particular estructura de la Unión Europea y a la incidencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que irrumpe en escena como instrumento normativo principal del Consejo de Europa y piedra angular del sistema normativo y judicial de protección de los derechos, del que son parte todos los Estados miembros de la UE.

El reconocimiento del carácter vinculante de la Carta supone la introducción de una nada despreciable garantía de los derechos en el ordenamiento interno de la Unión; pero con ella se añade en el Tratado de Lisboa una garantía externa que es la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta garantía adicional supone no sólo el reconocimiento de una lista de derechos contenidos en el Convenio, sino también el reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el seno comunitario. Sin duda, el clima de colaboración entre las instancias jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo han evitado el planteamiento de continuos conflictos de jurisdicción, pero es también evidentemente que su relación está viciada por tiranteces.

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos constituiría un paso importante en el desarrollo de los derechos humanos en Europa. Fue un asunto muy discutido desde finales de los setenta, pero se convirtió en una obligación legal bajo el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009 (artículo 6.2). La base jurídica para la adhesión de la UE está prevista en el artículo 59 del propio CEDH ("la Unión Europea podrá adherirse a la presente Convención"), modificado por el Protocolo nº 14, que entró en vigor en 2010; pero a condición de que el Acuerdo de Adhesión, previsto por el artículo 218.8 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, sea aprobado individualmente por todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión, "de conformidad con sus respectivas normas constitucionales".

Si tomamos como punto de partida el hecho de que el Consejo de Europa y la UE comparten los mismos valores fundamentales, y que son entidades que realizan roles diferentes, pero complementarios, concluiremos que el objetivo de la adhesión es forjar una vía adicional para fortalecer la seguridad, libertad y justicia de la Unión. Estamos, en definitiva, hacia un avance en el proceso de integración europea; pero existen ciertos obstáculos jurídicos que aún deben ser subsanados.

Todos los argumentos a favor de la adhesión de la UE al CEDH se resumen en una idea fundamental que se reconduce a reforzar la imagen democrática de Europa hacia dentro en el sentido de que todos los ciudadanos europeos nos encontremos amparados en un elenco reforzado de derechos, y hacia fuera, enviando el mensaje de que Europa está fuertemente blindada en materia de derechos fundamentales, tratando de ser un ejemplo a seguir por el resto de países aun no democráticos, o con democracias endeble.

En incontables reuniones se han puesto de manifiesto las dificultades técnicas y políticas de la adhesión, así como grandes listados de objeciones que presentan algunos Estados como Reino Unido. Según el Prof. PEREZ DE NANCLARES, son muchos los que ponen de manifiesto que si se materializa la adhesión, existirá un riesgo de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda ver erosionada su condición de juez supremo del ordenamiento jurídico supranacional y que habrá un riesgo creciente de "efecto sándwich" en virtud del cual el TJUE se verá doblemente escrutado, por una parte, por los Tribunales constitucionales nacionales, y de otro lado, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que verá reforzada su posición de control judicial externo de la Unión en materia de derechos humanos.

La particular naturaleza jurídica y política de la Unión Europea ha hecho necesarias largas negociaciones entre la Unión y el Consejo de Europa. El proyecto de acuerdo, alcanzado a mediados de 2013, se sometió a dictamen vinculante del Tribunal de Justicia de la UE que emitió su fallo el 18 de diciembre de 2014. Pues bien, sorprendentemente y a pesar de la opinión favorable de todos los actores que participaron en el proceso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea detectó varias razones para oponerse a él, casi todas vinculadas a los presuntos riesgos que el control del Tribunal de Estrasburgo entraña para la salvaguardia de las características esenciales de la Unión y de su Derecho propio. Sus objeciones no son infranqueables, pero es obvio que impone unas condiciones abusivas con la única teleología de perpetuar su preeminencia.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MARCO CONFIGURADOR DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y VIDA FAMILIAR

Llegados a este punto, regresamos al tema que nos ocupa afirmando que es necesario tener en consideración la impronta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como marco configurador del derecho a la vida familiar en nuestro ordenamiento jurídico⁶. A pesar de que resulta innegable que la jurisprudencia ha ampliado enormemente el contenido del derecho a la vida familiar, ésta no ha deducido de las disposiciones del Convenio un derecho ilimitado a entrar y residir en el territorio de un Estado parte del cual no se ostente la nacionalidad, así como tampoco una protección absoluta de los miembros de la familia en supuestos de expulsión⁷. Por el contrario, el Tribunal de Estrasburgo considera que es prerrogativa de los Estados controlar la entrada, permanencia, residencia y salida de los extranjeros en su territorio⁸, así como expulsar a aquellos que no reúnan las condiciones que exige la ley o a aquellos otros que hayan cometido delitos; pero la práctica administrativa sancionadora debe respetar siempre unos límites que se derivan de los Tratados internacionales para evitar que se vulneren derechos fundamentales.

El contenido constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar, no goza del mismo alcance en nuestra jurisprudencia constitucional que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. No se trata de una cuestión baladí, sino que tiene gran relevancia práctica, puesto que ante un mismo supuesto el TEDH podría entender vulnerado, como así ha ocurrido, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo la égida del derecho a la vida familiar, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, en su interpretación estricta del concepto de intimidad familiar, negaría la lesión de un derecho fundamental vetando, pues, la posibilidad de interponer un recurso de amparo¹⁰.

6 FREIXES, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 105-141, donde encontraremos comentarios de diferentes sentencias del TEDH sobre el respeto de la protección de la vida familiar como límite a las expulsiones de personas extranjeras. No obstante, concuerdan en el hecho de que el Estado tiene derecho a controlar la entrada de extranjeros en su país, al mismo tiempo que los individuos tienen derecho al respeto de su vida familiar.

Resulta interesante consultar, también, la monografía de F. SUDRE, J. P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVI-NA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Themis, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.

7 Véase S. QUESADA POLO, "La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH", en *Cuadernos en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 313 y sg.

8 J. HANDOLL, *The status of third country nationals residing on a long-term basis*. Ponencia presentada en el "First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe", Bruselas, 2000.

9 Para una información más detallada, vid. H. LAMBERT, "The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, número 3, Oxford University Press, 1999.

10 C. CONDE-PUMPIDO, D. CÓRDOBA, F. DE MATEO, J. D. SANZ, *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 328.

El concepto de intimidad es, en nuestro marco jurídico interno, un concepto esencialmente abierto y vinculado, en doctrina constante del Tribunal Constitucional, al principio de dignidad humana¹¹. No se trata, ni mucho menos, de cuestionar aquí la respuesta ofrecida por la jurisprudencia constitucional al respecto de este derecho, que nos sitúa en el punto de fricción entre la publicidad que exige el principio democrático y el reducto sagrado de la vida privada, ineludible en un gobierno bajo el imperio de la ley¹². Sin embargo, es de recibo poner de manifiesto que sus aportaciones han consistido, únicamente, en la formulación de una noción, si se nos permite, excesivamente indeterminada.

Planteado de este modo el debate, importa, en cualquier caso, señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, casi ocioso es recordarlo, se diferencia entre derecho a la vida familiar y derecho a la intimidad familiar, quedando configurado éste último como un derecho fundamental que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, y que corresponde a todas las personas por igual. Es decir, este derecho corresponde también a los extranjeros, y teniendo en consideración la célebre clasificación tripartita que ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 107/84, de 23 de noviembre de 1984, no resultaría posible, a efectos de su ejercicio, un tratamiento diferenciado respecto de los nacionales¹³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 del Convenio Europeo, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estados el respeto real y efectivo a la vida familiar¹⁴. Sus sentencias radican, principalmente, en el análisis de las relaciones conyugales o paterno-filiales y otros muchos aspectos que han de ser evaluados, desplegando una eficacia preventiva y correctiva nada despreciable, y contribuyendo, al tiempo, a ampliar notablemente el contenido de este derecho.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos manifiesta que todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia, no debiendo existir interferencias no justificadas por parte de la autoridad pública¹⁵.

11 Debe consultarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las SSTC 53/1985, de 11 de abril; 231/1998, de 1 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre y 20/1992, de 14 de febrero.

12 S. WARREN & L. BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995.

13 A juicio del Profesor F. BALAGUER CALLEJÓN, "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en M. Moya Escudero, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 475: "en un marco constitucional relativamente abierto, los primeros pronunciamientos constitucionales hablan de una conexión entre determinados derechos de los extranjeros y el principio de dignidad que los convierte en titulares de esos derechos en completa igualdad con los españoles". En definitiva, el Tribunal Constitucional, que aún no se ha podido pronunciar sobre los problemas de aplicación e interpretación que puede suscitar la normativa española sobre extranjería, sí que lo ha hecho respecto del marco general en que se desenvuelven los derechos de los extranjeros en nuestra Constitución. Al respecto, ha afirmado que los extranjeros disfrutaban en España, "en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana".

14 Véase en relación con este tema M. A. EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985.

15 La restricción impuesta al disfrute de un derecho debe obedecer a una ponderación adecuada entre la finalidad perseguida y la importancia e intensidad del ataque dirigido contra ese derecho. La exigencia de que la restricción se encuentre prevista por ley debe ser interpretada en sentido material y no formal. Además, la ley debe ser con-

En aplicación del criterio de territorialidad que impone el artículo 1 del Convenio Europeo, los extranjeros que se hallen en cualquier Estado firmante del mismo, gozan también de la titularidad del derecho al que se refiere el artículo 8, protegiéndolos contra arbitrariedades e injerencias ilegítimas de los poderes públicos en su vida familiar.

Nos situamos ante un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados que otorgan un amplio margen de libertad a los Estados; pero, sin embargo, estos deberán atender a las pautas de interpretación que marca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vendría a jugar un trascendental papel. Claro resulta, en este contexto, que las cláusulas de restricción al ejercicio de un derecho han de ser interpretadas de manera estricta, si bien una reglamentación autorizada por el propio Convenio no sería considerada como injerencia ilícita en la vida familiar¹⁶.

El respeto a la vida familiar debe ser analizado, también, como límite a la posibilidad de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado concreto. El papel del Tribunal Europeo, en estos supuestos, se ha centrado en ver si se respeta, o no, el principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la primera labor que afronta, en un caso de este tipo, es la de comprobar si el demandante tiene vida familiar en el Estado que pretende su expulsión.

Por su parte, el recurrente debe demostrar la existencia y efectividad de su vida familiar, esto es, que tiene una familia, y que la relación con su familia es "real y cercana". Es de recibo destacar, en este punto, que la consideración de "cónyuges" que incluye sólo a los que lo son legalmente resulta contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su Sentencia de 13 de junio de 1979, Caso *Marckx*, considera que la vida familiar comprende también la que se deriva de relaciones que resulten de una unión no matrimonial, y declara que el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no distingue entre "familia legítima e ilegítima"¹⁷. *A posteriori*, en una Sentencia de 18 de diciembre de 1986, Caso *Johnston*¹⁸, se insiste en esta línea jurisprudencial al destacar que dicho precepto protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural¹⁹.

Si se consiguen justificar adecuadamente los anteriores extremos, el TEDH admitirá que el derecho a la vida familiar o privada del solicitante se ha visto afectado por la medida estatal, pero no concluirá directamente la existencia de una violación del artículo 8 CEDH,

secuente y definir con precisión los límites, circunstancias y condiciones en las que el Poder judicial puede ordenar determinadas medidas. En segunda instancia, es necesario que la injerencia persiga uno de los fines que el párrafo segundo del artículo 8 CEDH enumera. La condición más importante, es lo que se ha calificado como "medida necesaria en una sociedad democrática", implicando una necesidad social imperiosa en el contexto de una sociedad democrática, plural y tolerante.

16 Cfr. en tal sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Legislación sobre nacionalidad y extranjería, Colex, 2002, p. 123.

17 STEDH Caso *Marckx*, de 13 de junio de 1979.

18 STEDH Caso *Johnston*, de 18 de diciembre de 1986.

19 Vid los comentarios de S. QUESADA POLO, "La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH", en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 322.

sino que se preguntará si tal injerencia puede satisfacer las condiciones establecidas en el párrafo 2 de este precepto, es decir, si la intromisión estatal se produce "de acuerdo con la ley", si persigue alguno de los fines legítimos enumerados en ese artículo, y si es "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar los citados fines.

Del párrafo transcrito, se deducen las tres condiciones para considerar justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo. Estas condiciones serían que la medida sea acorde con la ley; que persiga alguna de las causas enumeradas como legítimas, y que "sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales fines"; es decir, que exista una acuciante necesidad social en el contexto de una sociedad democrática, plural y tolerante. En otras palabras, los Estados deben efectuar un balance entre la vida privada y familiar del extranjero, por un lado, y los intereses del Estado y de la comunidad, por otro, de manera tal que las autoridades nacionales actúen siempre de forma razonable, proporcionada y motivada.

Sólo cuando se reúnan todas y cada una de estas condiciones, podrá entenderse que la injerencia en la vida privada y familiar del extranjero está justificada. Consecuentemente, las tres circunstancias gozan en el ámbito del TEDH de la misma importancia. Sin embargo, como recuerda D. BOZA, el análisis que ha dedicado el Tribunal a las mismas no ha resultado de igual envergadura; puesto que mientras que las dos primeras, en la práctica totalidad de los casos, quedaban liquidadas con poco más de un párrafo, la verificación del tercer requisito ocupa más de la mitad de los argumentos jurídicos de cada sentencia²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido oscilante y poco garantista en alguna de sus sentencias; sin embargo, como ya hemos mencionado previamente, la valoración global de su acervo jurisprudencial sobre esta materia resulta altamente positiva. La primera ocasión en la que el Tribunal Europeo hubo de tomar posición enfrentándose a un recurso sobre reagrupación familiar con base en el artículo 8 CEDH, se produce en el Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985. Este es el supuesto de tres mujeres residentes regulares en Reino Unido que se casan en su país de origen; negándoseles, posteriormente, a sus esposos la entrada en Reino Unido. Supuestamente, parece que existe, al menos una discriminación, porque la normativa inglesa autorizaba la reagrupación familiar de las esposas de los extranjeros. Sin embargo, el Tribunal Europeo desestima el recurso alegando que no existe vida familiar anterior al derecho de residencia, al mismo tiempo que destaca que no se presentan pruebas concluyentes que demuestren que no puede producirse la reagrupación familiar en los países de origen de sus esposos. El Tribunal señala que se trata de un campo en el que gozan de un amplio margen los Estados contratantes para determinar, en función de las necesidades y recursos de las comunidades y de los individuos, las medidas a tomar para garantizar su observancia.

En el asunto *Gül contra Suiza*, de 19 de febrero de 1996, se trataba de decidir si un matrimonio con autorización de residencia, concedida por razones humanitarias como consecuencia de la necesidad de recibir un tratamiento médico a raíz de un grave accidente,

20 Véase BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

tenía derecho a que un hijo menor a cargo, que había residido siempre en Turquía y había crecido en el entorno cultural y lingüístico de este país, obtuviese una autorización para ser reagrupado con sus padres en Suiza.

El menor fue dejada en Turquía con unos parientes cuando su padre y, posteriormente su madre, emigraron a Suiza. A resultas de las graves heridas que sufrió en un incendio, a la madre se le concedió un permiso de residencia en Suiza por motivos humanitarios, pues en aquel momento las autoridades consideraron que su bienestar físico se vería perjudicado si tenía que volver a Turquía. A su esposo se le ofreció un permiso de residencia para que permaneciese con ella. Así, desde la obtención de la autorización de residencia por razones humanitarias en 1990, habían solicitado a las autoridades helvéticas el reagrupamiento familiar acudiendo a todas las instancias, con el propósito de intentar mejorar la situación en la que se encontraban, que implicaba la separación definitiva de la familia; puesto que debido a la carencia de recursos económicos suficientes para viajar, a su invalidez y a la grave enfermedad de su esposa, el reagrupamiento familiar en Turquía se convertía en ilusorio.

Tras examinar las cuestiones y circunstancias particulares del asunto, el Tribunal Europeo consideró, por siete votos contra dos, en una resolución manifiestamente injusta, que a pesar de la difícil situación en la que se encontraba la familia Gül desde el punto de vista humano, no podía considerarse que Suiza hubiese vulnerado las obligaciones derivadas del párrafo 1º del artículo 8 CEDH, y que, por tanto, no se había producido injerencia alguna en la vida familiar de los demandantes, alegando que los esposos no disponían de un "derecho de residencia permanente" en el país de acogida. De este modo, quedaba patente que los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos derivados de los Tratados internacionales, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio, y que el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que comporte una obligación para los Estados de respetar la elección del lugar de residencia de las parejas casadas²¹.

No obstante los desafortunados precedentes, de lo que se trata, en cualquier caso, es de ser conscientes de la enorme incidencia que la labor del Tribunal de Estrasburgo ha desplegado en favor de la protección del derecho a la intimidad y a la vida familiar. La casuística es muy abundante y variada en cuanto a las posibles injerencias alegadas respecto a la vida privada y familiar de los demandantes. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el carácter asistemático de las decisiones judiciales no ayuda a esbozar, al menos en una primera etapa, unas líneas generales dotadas de cierta coherencia que nos protejan frente a las ambigüedades y soluciones aporéticas.

En España, mientras los familiares no obtengan una autorización de residencia independiente, su permiso de residencia se extinguirá al mismo tiempo que el del

21 En el mismo sentido que en el Caso *Gül*, la Corte no apreció violación del artículo 8 del Convenio en el Caso *Ahmut* contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996. En este supuesto, el Sr. Ahmut solicita la reagrupación familiar de dos hijos de un matrimonio anterior que residían con su madre en Marruecos antes de que ésta falleciese. Las autoridades holandesas deniegan la petición y el TEDH se muestra absolutamente conforme con la decisión de Holanda amparándose en que el Sr. Ahmut decidió separarse de sus hijos trasladándose a vivir a los Países Bajos, que aún posee la nacionalidad marroquí y que no existe obstáculo alguno para su retorno a Marruecos. Véase también la STEDH, Sen contra Países Bajos, 2001.

reagrupante. Esto implica que, en el supuesto de que este último cometa una infracción de las sancionadas con expulsión, si fuese expulsado, los familiares deberán salir obligatoriamente del territorio²², a no ser que obtengan una nueva autorización de residencia avalada por sus propios medios económicos²³.

Por lo que respecta a la vida familiar de un extranjero que se encuentre en situación administrativa irregular en un Estado parte del Convenio, la jurisprudencia de Estrasburgo expresa, en un primer momento, una tendencia inequívocamente restrictiva de derechos, al tiempo que favorecedora de las facultades soberanas de los Estados para expulsar a los extranjeros allende de sus fronteras. El cambio se produce a finales de la década de los ochenta y en la década de los noventa, cuando una clara propensión progresista comienza a empapar la mayor parte de sus resoluciones.

Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo elaboró una línea jurisprudencial sobre las condiciones en las que el artículo 8 del Convenio Europeo puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de causas legales de expulsión de un extranjero, desmarcándose, definitivamente, de su tendencia clásica y comenzando a reconocer la responsabilidad de los Estados en aquellos supuestos de expulsión donde se haya producido una inobservancia de las disposiciones del Convenio Europeo.

Bajo un aura esperanzadora, irrumpe en escena una Sentencia pionera que marca el comienzo de una nueva línea jurisprudencial: el Caso *Berrehab* contra los Países Bajos, de

22 La expulsión es una sanción individual extraordinariamente gravosa para quien, después de la apertura de un expediente sancionador, tiene que enfrentarse a la realidad de ver absolutamente frustrado su proyecto migratorio, sumando a esto la circunstancia agravante de que una sanción de esta índole lleva aparejada, sin excepción, la imposibilidad de entrada en cualquier país perteneciente al territorio Schengen por un período de tiempo que puede oscilar entre los tres y los diez años. En la práctica, por razones obvias, se prefiere la multa a la expulsión, por la que deberá optarse únicamente en supuestos extraordinarios debidamente probados. No es necesario precisar que la expulsión a los nacionales únicamente podrá llevarse a cabo en supuestos muy excepcionales. Igualmente, la posibilidad de proceder a expulsar a determinadas categorías de extranjeros cuya relación con ese Estado sea particularmente intensa no sería factible jurídicamente. Muchos son los que consideran que los extranjeros de "segunda generación"; es decir aquellos que han crecido en un país de acogida diferente al de su nacionalidad, deberían de disfrutar de una posición privilegiada que les equiparase, a efectos de la imposibilidad de expulsión, a los nacionales del país en el que residen. Por otro lado, en atención al principio de "*non refoulement*", los beneficiarios de protección subsidiaria, es decir, aquellas personas que no poseen las condiciones para ser considerados refugiados, tampoco podrían ser expulsados del país.

Es necesario diferenciar esta figura, siquiera someramente, de otras semejantes como el retorno o la devolución. El retorno fue una figura ideada para afrontar la situación de aquellos inmigrantes que acuden a un puesto fronterizo habilitado para entrar en el país, pero que al no autorizárseles la entrada, por no cumplir las condiciones exigidas, han de retornar a su país. Por su parte, la devolución se aplicaría a aquellos extranjeros que intentasen acceder "ilegalmente" a nuestro país, o que una vez expulsados intentasen entrar infringiendo así la prohibición de entrada al país. Para ampliar esta información, M. D. MARTÍNEZ CUEVAS, "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 5, 2002, pp. 141-173.

23 En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta durante los últimos años la incidencia del derecho constitucional a la protección de la familia frente a una posible expulsión. Así, en el supuesto de ciudadana extranjera expulsada de nuestro país que regresa a España con un visado de estancia, contrae matrimonio con español y da a luz una hija de ese matrimonio, estima que debe otorgarse la autorización de residencia por reagrupamiento familiar por cuanto el artículo 39 de la CE impone a los poderes públicos el deber de proteger social, económica y jurídicamente a la familia. Véase, entre otras, la STS de 17 de febrero de 1999.

21 de junio de 1988. En este supuesto, se había denegado la prórroga de la autorización de residencia en los Países Bajos a un extranjero divorciado, lo que le impedía visitar, regular y frecuentemente a su hija de corta edad, fruto de su matrimonio con una holandesa. A juicio del Tribunal Europeo, imposibilitar a este ciudadano extranjero la relación con su hija supondría una injerencia inadmisibles en su derecho a la vida privada y familiar, no permitida por el artículo 8.2 del Convenio, porque al expulsar al requirente se romperían los estrechos lazos que se habían creado entre el padre y su hija. Para el TEDH es decisivo el hecho de que no se trate de la solicitud de una primera autorización de residencia, sino de una prórroga a favor de una persona que ya había residido legalmente durante varios años en los Países Bajos y que había tenido un hijo de su matrimonio con una nacional.

Sin ese primer impulso no se comprenderían decisiones que desenmascaran el espíritu aperturista del momento. Un ejemplo paradigmático lo constituye el Caso *Nasri* contra Francia, de 13 de julio de 1995, donde se manifiesta, sin ambages, que la expulsión de una persona aquejada de una enfermedad o minusvalía que precise tratamiento en un entorno familiar propicio en el que pueda encontrar equilibrio psicológico y social es contraria al Convenio aunque, en este caso concreto, el protagonista sea un extranjero condenado por haber cometido robos con violencia y otros delitos.

Sin necesidad de abdicar de su planteamiento garantista, el Tribunal de Estrasburgo ha mostrado su rectitud en supuestos que creaban serias dudas en relación con el difícil equilibrio entre la vida familiar y el orden público, como consecuencia de los graves delitos cometidos por los recurrentes. Muestra de ello serían las sentencias de los casos *El Boujaidi* contra Francia, de 26 de septiembre de 1997 y *Boulifa* contra Francia, de 2 de octubre de 1997.

Si deseamos aludir a las circunstancias que pondera y valora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver un supuesto concreto vinculado al derecho a la vida familiar de un extranjero en un Estado firmante del Convenio Europeo, debemos acudir al Caso *Bolutif* contra Suiza, de 2 de agosto de 2001, donde aparecen explicitadas las siguientes:

- a) la naturaleza y gravedad de la infracción cometida;
- b) la duración de su estancia en el país del que vaya a ser expulsado;
- c) el período que ha transcurrido desde que se cometió la infracción;
- d) la conducta del interesado en ese tiempo;
- e) nacionalidad;
- f) situación familiar concreta (padres, matrimonio, hijos) o arraigo;
- g) país de origen del esposo o de la esposa;
- h) el interés superior del menor, en su caso;
- i) otros aspectos que puedan resultar de interés para la resolución del caso concreto.

Si lo que nos interesa es analizar los criterios para evaluar los obstáculos derivados del derecho a la vida familiar y privada, será necesario acercarse a la STEDH, *Üner contra Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, donde el Tribunal concluye que la expulsión de un inmigrante establecido en un país puede constituir una injerencia no sólo en el derecho a su posible "vida familiar", sino también en el derecho al respeto de su "vida privada", que puede

estar o no justificada, dependiendo de las circunstancias particulares. La conveniencia de que el Tribunal se centre más en el aspecto de la "vida familiar" que en el de la "vida privada" dependerá de cada situación concreta²⁴.

En suma, la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo ha sido caótica, con pocos principios generales, respondiendo a las cuestiones del caso concreto, y fijando su atención en detalles que dentro del conjunto del caso pueden parecer absolutamente irrelevantes. No obstante, es necesario reconocer que el Tribunal ha ampliado el ámbito de aplicación de este derecho. Ejemplos claros de ello serían el Caso *Jakupovic* y el Caso *Radovanovic*, en el que los dos recurrentes habían llegado a Austria, el primero proveniente de Bosnia, y el segundo de Serbia y Montenegro, después de haber cursado la escuela elemental en sus Estados de origen.

En definitiva, ambos tenían fuertes vínculos en los Estados de procedencia y habían vivido más tiempo en estos países que en Austria cuando se adoptó la orden de expulsión contra ellos. Pese a que no se trataba de dos situaciones parangonables, el Tribunal Europeo consideró que la expulsión y prohibición de residencia por diez años para *Jakupovic*, y la expulsión indefinida para *Radovanovic* vulneraban su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las más célebres sentencias del año 2006 sobre vulneración del respeto a la vida privada y familiar han sido las siguientes: el Caso *Evans* contra Reino Unido; *Segerstedt-Wiberg* contra Suecia; *Bianchi* contra Suiza (raptó de un menor por parte de la madre); *Jaggi* contra Suiza (derecho a conocer paternidad biológica a través de una prueba de ADN); y finalmente, y la que más importa a estos efectos, el Caso *Mubillanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, conocido popularmente, como "Caso Tabitha".

En la Sentencia del Caso *Mubillanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, de 12 de octubre de 2006, el Tribunal Europeo de Estrasburgo analiza, con particular minuciosidad la vulneración del artículo 3 y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los antecedentes del caso que dan lugar a la queja ante el Tribunal son extraordinariamente graves, teniendo en consideración que la protagonista del mismo es una niña de apenas cinco años de edad.

Las autoridades belgas detienen en un aeropuerto a una menor de cinco años que proviene del Congo, y que viaja acompañada de su tío, con el propósito de unirse a su madre que ha obtenido el estatuto de refugiada en Canadá, pero sin los documentos de viaje necesarios. La menor fue detenida y trasladada a un centro de internamiento para adultos. Después de permanecer internada en dicho centro durante dos meses, se determina para ella una sanción de expulsión del país. Un juez que examina el caso, pone de manifiesto que la detención de la menor es ilegal y ordena su liberación inmediata amparándose en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, al día siguiente la decisión de expulsión es ejecutada y *Tabitha* es enviada a la República Democrática del Congo, confiando su seguridad en el viaje al personal de cabina y sin que ninguna persona de la familia le espere en el lugar de destino para hacerse cargo de ella.

24 Vid. STEDH, A.A. *contra Reino Unido*, 20 de septiembre de 2011, y STEDH, *Üner contra Países Bajos*, 18 de octubre de 2006.

Comencemos este escueto análisis por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y los tratos degradantes e inhumanos. Para que pueda deducirse que ha habido un maltrato, éste debe revestir un mínimo de gravedad, bien en su ejecución, o bien en su duración, dependiendo de la edad y estado de salud de la víctima. Un menor es siempre especialmente vulnerable; sin embargo, este dato ostensible no se tuvo en consideración y las condiciones de detención de *Tabitha* fueron las mismas que para cualquier adulto. De este modo, la pequeña estuvo más de dos meses separada de sus progenitores, sin ningún tutor asignado que estuviese a su cuidado y en un país desconocido.

A todo lo anterior, se suma el hecho de que las autoridades belgas se limitaron a dar un número de teléfono a la madre de la menor sin informarle de la detención ni (lo que es mucho más grave) de la expulsión del país. El Tribunal Europeo concluye que esa situación generó en la madre un "sufrimiento grave" y una "profunda angustia", circunstancia que viene a incrementar el nivel de gravedad requerido por el artículo 3 de la Convención Europea.

La expulsión del país y, por ende, del territorio Schengen tuvo lugar el 17 de octubre de 2002, sin considerar tres elementos trascendentales: En primera instancia, la decisión de un juez ordenando su liberación inmediata; en segundo lugar, el hecho de que el Alto Comisionado de Naciones Unidas había informado formalmente a Bélgica de la condición de refugiada de la madre; y finalmente, la situación en el Congo a su regreso, que supondría vivir en condiciones muy difíciles y alejada de sus padres.

Por todo lo expuesto, el Tribunal entiende que existe una vulneración del artículo 3 de la Convención porque se ha producido un claro supuesto de trato degradante e inhumano; pero, además, añade que la detención de la menor supone la violación agravada del artículo 8 CEDH, puesto que la ruptura de su vida familiar no persigue un fin legítimo, no es necesaria en una sociedad democrática y no resulta proporcionada al fin pretendido.

Asimismo, concluye que aunque la detención se fundamentó en el artículo 74.5 de la Ley belga de 17 de diciembre de 1980, sobre extranjeros y control de entradas, y se desarrolló bajo la alegación de "razones de seguridad nacional", "orden público", y "lucha contra la criminalidad", en la práctica retardó la reagrupación familiar de madre e hija, y atentó gravemente a la integridad moral de la pequeña y al libre desarrollo de su personalidad, bien jurídico protegido por el artículo 8 del Convenio.

En definitiva, el sistema jurídico belga no garantizó el derecho a la libertad, a la reagrupación familiar ni al bienestar de la menor extranjera no acompañada; cuando debiese haberla tomado a su cargo mientras se arreglaban los trámites administrativos para reagruparla con su madre, después de haber corroborado que en Kinshasa nadie se haría cargo de ella.

IV. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL DERECHO A LA "INTIMIDAD FAMILIAR" POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: STC 186/2013

El Tribunal Constitucional español en una cuestionable Sentencia, la 186/2013, de 4 de noviembre, que ha merecido las contundentes objeciones críticas de los Magistrados

Adela Asua y Fernando Valdés, no considera que la expulsión de una ciudadana argentina vulnere su derecho a la intimidad familiar, olvidando que España, en calidad de miembro del Consejo de Europa, está obligada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que nuestra legislación y nuestra práctica administrativa deben modular aquellos aspectos que resulten contrarios al sistema europeo de derechos humanos con el fin de asegurar los compromisos internacionales que hemos asumido.

El 27 de agosto de 2009 se incoó procedimiento administrativo sancionador respecto de una ciudadana argentina al hallarla sin la documentación exigible para residir en España y comprobar que había sido condenada a una pena privativa de libertad superior a un año. Se constató que era madre de una niña española de tres años; pero la Subdelegación del Gobierno en Cádiz dictó, igualmente, resolución por la que se ordenaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por diez años, alegando que la legislación española "no contemplaba otra respuesta".

Tal y como manifiesta el voto particular firmado por los dos Magistrados previamente aludidos, debemos comenzar recordando que el Tribunal Constitucional ha señalado de manera reiterada que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores²⁵, en cuanto que estos son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza, incluyendo entre esas garantías el deber de motivación.

En el escrito de demanda de amparo por supuesta vulneración, por una parte, del derecho a la intimidad familiar y, por otra, de las libertades de circulación y residencia²⁶, la actora solicita que se le reconozca, al menos, el derecho a la intimidad familiar, garantizado en el art. 18.1 de la Constitución española y que se declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 13 de marzo de 2012, dictada en recurso de apelación nº 570/11, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cádiz.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo poniendo de manifiesto que el derecho a la vida familiar no está incluido en el ámbito de protección del art. 18.1 CE, de modo que una separación familiar forzada por una expulsión no tendría en nuestro diseño constitucional encaje en ese precepto, sino más bien en la esfera del art. 39 CE, donde se proclama la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores²⁷.

Es cierto que, según la doctrina constitucional, el derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos configura un haz de facultades más amplio que el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, pero a tenor del art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce

25 Por todas, SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 291/2000, de 30 de abril, FJ 4; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 308/2006, de 23 de octubre, FJ 3; y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2.

26 Recurso de amparo 2022-2012.

27 Vid. SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 60/2010, de 7 de octubre.

se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Asimismo, en este caso concreto, no cabe obviar que el art. 39.4 CE establece que los menores gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño, manifiesta que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas, si pueden resultar concernidos menores de edad, será de consideración primordial atender a los intereses superiores del menor, tal y como ha afirmado, también, de forma reiterada, nuestra pretérita y más reciente doctrina constitucional²⁸.

En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo en el Asunto *Rodrigues da Silva y Hoogkamer contra Países Bajos*, de 31 de enero de 2006, razonó que, aunque los tribunales nacionales habían declarado explícitamente que el interés superior de una menor era permanecer en los Países Bajos con su padre holandés, resultaba desproporcionado negarse a regularizar la situación de su madre, de nacionalidad brasileña, con la que la pequeña mantenía un contacto habitual; demostrando así una especial sensibilidad en relación al interés superior y al bienestar de los menores implicados, y en particular frente a cualquier dificultad con que se puedan encontrar si han de seguir al recurrente al país al que se le expulsa²⁹.

Por lo que respecta al segundo eje del recurso de amparo, los derechos tutelados por el artículo 19 CE, el Tribunal Constitucional rechaza la falta de legitimación de la parte actora, aducida por la Abogacía del Estado, reconociendo que la recurrente, a pesar de no ser titular directa de los derechos invocados, cumple los requisitos exigidos para que se le reconozca legitimación activa; pero al tiempo, entiende que expulsarla del territorio nacional no supone para su hija española una obligación jurídica de abandonar España. Su argumento radica en que la menor de edad, aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre, seguiría teniendo elementos de arraigo en España (abuelos paternos) que harían viable "que opte" por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impediría el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE. Este último argumento nos parece totalmente inadmisibles considerando que la menor tiene tres años en el momento en que se impone a su madre la sanción de expulsión del territorio *Schengen*.

De conformidad con las objeciones del voto particular, creemos que el art. 19 CE debe conectarse con el artículo 39.1 CE, referido a la protección de la familia, proyectándose, en este caso, sobre la convivencia familiar de la menor con su madre, pues, si desean mantenerla, se verán obligadas a abandonar el territorio nacional, y "no resulta tolerable, desde la perspectiva constitucional, que se dé lugar a una contraposición de tal envergadura entre el derecho fundamental y el principio rector hasta el punto de hacer imposible la satisfacción conjunta de ambos". Así, en segundo lugar, "centrar la cuestión en la manutención de la menor

28 Pueden consultarse, por ejemplo, las SSTC 127/2013, de 3 de junio y 167/2013, de 7 de octubre.

29 Pueden consultarse las SSTEDH, *Boultif contra Suiza*, 2 de agosto de 2001; *Üner contra Países Bajos*, 18 de octubre de 2006; y *Balogun contra Reino Unido*, 10 de abril de 2012.

supone concentrarse en un aspecto parcial, olvidando otros igualmente relevantes, porque los padres deben prestar a sus hijos asistencia de todo orden (art. 39.3 CE). Se prescinde así del factor afectivo, o de la labor educativa que corresponde cumplir a los padres, que, según el art. 154.1 del Código Civil, deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, componiendo así una serie de deberes que no quedan debidamente plasmados con la simple referencia a la manutención que se efectúa en la Sentencia aprobada por la mayoría³⁰.

El único progenitor que podía dar cumplimiento al deber constitucional de prestar asistencia de todo orden a la hija menor de edad era la actora, puesto que el padre se encontraba en prisión; y si como consecuencia de la expulsión de la madre, la niña viajara con su progenitora a Argentina (al no tener otra persona que ejerza la patria potestad en territorio español) indirectamente se le forzaría a abandonar el territorio español. Este extremo sería, a nuestro juicio, contrario al art. 19 CE, puesto que de forma indirecta se privaría a la menor de elegir su residencia y, más grave aún, se hurtaría a la hija y a su padre, ambos españoles de origen, el derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo efectivo del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 de la Constitución española.

En el escenario comunitario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2011, en el denominado Asunto Ruíz Zambrano, estableció que a los nacionales de terceros países que fuesen padres de menores dependientes de nacionalidad belga se les debía conceder la residencia y el permiso de trabajo belgas para que pudieran vivir con sus hijos/as, cuidarlos y mantenerlos; alegando que la denegación del permiso de residencia tendría como consecuencia que los menores, ciudadanos de la UE, se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores y no podrían disfrutar, de este modo, de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión. Para apuntalar el argumento aludía al artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, que se opone a cualquier medida nacional que tengan por efecto privar a los ciudadanos comunitarios del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia del Caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, ha construido un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos cardinales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía. Posteriormente, en la STEDH, de 10 de abril de 2012, Caso K.A.B. contra España, resuelve el supuesto de un nacional nigeriano que interpuso demanda de oposición a la adopción de su hijo biológico, haciendo valer la necesidad de su previo consentimiento y pidiendo la custodia del niño tras haber obtenido el reconocimiento de la paternidad. El niño fuera declarado en situación de abandono por el servicio de protección de menores, tras la expulsión de España de su madre.

El Tribunal de Estrasburgo entiende aquí que las autoridades españolas han vulnerado el derecho a la intimidad familiar garantizado en el art. 8 CEDH, dado que la expulsión de

30 Fund. Jco. 5 voto particular.

la madre supuso, en la práctica, la pérdida de contacto del padre con su hijo, al ser éste declarado en situación de desamparo; añadiendo que el concepto de "familia" contemplado por el art. 8 del Convenio no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio.

En el Asunto *Amrollahi* contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002, el recurrente era un iraní con residencia permanente en Dinamarca, que tenía dos hijos con su pareja danesa y otro de una relación anterior. Tras salir de prisión, donde había cumplido una condena por tráfico de drogas, las autoridades quisieron expulsarlo a Irán. El TEDH sostuvo que la expulsión habría constituido una vulneración del artículo 8 del CEDH, pues separaría a la familia; dado que resultaba imposible que la vida familiar siguiese fuera de Dinamarca, pues su esposa nunca había estado en Irán, no entendía el persa, no era musulmana y no tenía ningún lazo con el país de origen de su esposo³¹.

Por todo lo expuesto anteriormente, en conclusión, debemos admitir que no compartimos la valoración que se hace en esta Sentencia del Tribunal Constitucional, porque se aparta claramente de la doctrina garantista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manteniendo una estrecha visión, compartida con la STC 236/2007, de 7 noviembre, que ya matizaba que nuestra Constitución no reconoce un "derecho a la vida familiar" en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH. Empero, consideramos que el Tribunal Constitucional debería reconocer, a través de su jurisprudencia, un derecho al respeto de la vida familiar, derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar contemplado en el art. 18.1 CE, estableciendo, definitivamente, que el arraigo familiar puede actuar como límite a la sanción de expulsión, cuando su efectiva ejecución no resultase proporcionada al fin legítimo perseguido.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Revista digital de Derecho de extranjería, 2003.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- APAP, J. y SITAROPOULOS, N., "The right to family unity and reunification of third country migrants in host states: Aspects of international and European law", en P. De

31 En sentido opuesto, el Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Antwi y otros contra Noruega*, de 14 de febrero de 2012, sostuvo que la decisión de expulsar al Sr. *Antwi* y no admitirlo en Noruega, adoptada por las autoridades al descubrir que su pasaporte era falso, no constituía una vulneración del artículo 8 del CEDH; añadiendo que dado que tanto él como su esposa (ahora nacional noruega) habían nacido en Ghana y habían visitado el país en diversas ocasiones con su hija, no había obstáculos insuperables a que se estableciesen juntos allí o, al menos, a que mantuviesen un contacto regular.

- Bruycker (Dir.), *Which immigration policy for the European Union?: assessment of the Maastricht treaty and prospects of the Amsterdam treaty*, Bruylant, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en M. Moya Escudero (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- BOELES, P., "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", *European Journal of Migration and Law* 3, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001.
- BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *Legislación sobre nacionalidad y extranjería*, Colex, 2002.
- CHOLEWINSKI, R., "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right", *European Journal of Migration and Law*, 4, Kluwer Law International, The Netherlands.
- CHUECA SANCHO, A., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.
- CONDE-PUMPIDO, C.; CÓRDOBA, D.; DE MATEO, F.; SANZ, J. D., *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona, 2002.
- FLAQUER, L., *Family Policy and Welfare State in Southern Europe*, Institut de Ciències Polítiques I Socials, Barcelona, 2000.
- FREIXES, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.
- GARCÍA MORILLO, J., "La protección de la familia", en J. de Esteban y López Guerrero, *El régimen constitucional español*; Ed. Labor, Madrid, 1980.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., "El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España", *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2007.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., "La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Cienfuegos, M. y Vértiz, J., *La eficacia de los derechos fundamentales de la U.E.*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- HANDOLL, J., *The status of third country nationals residing on a long-term basis*, First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe, Bruselas, 2000.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Comentarios a la Constitución española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Areces, Madrid, 1993.
- LAMBERT, H., "The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 11, nº 3, Oxford University Press, 1999.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica", Working Papers on European Law and Regional Integration, nº14, 2012.
- MARTÍNEZ CUEVAS, M. D., "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002.
- MOLINER VICENTE, C., "Intimidad familiar y vida familiar. La mayor amplitud del concepto "vida familiar" sobre el de "intimidad familiar" de nuestra Constitución", Diario La Ley, nº 8316, mayo de 2014.
- QUESADA POLO, S., "La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH", Cuadernos en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- RUIZ MIGUEL, C., El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1994.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SHERLOCK, A., "Deportation of aliens and article 8 ECHR", 23 European Law Review, 1998.
- SUDRE, F.; MARGUÉNAUD, J.; ANDRIANTSIMBAZOVINA, J.; GOUTTENOIRE, A.; LEVINET, M.; Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Themis, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.
- WARREN, S. & BRANDEIS, L., El derecho a la intimidad, Civitas, Madrid, 1995.
- ZIMMERMAN, S. L., Understanding Family Policy: Theoretical Approaches, Newsbury Park, Sage, 1988.