Publicado: Miércoles, 14 Diciembre 2022 08:38
Escrito por María Victoria Cuartero Rubio



I. Introducción

De conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, «Derecho al respeto a la vida privada y familiar»: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia [1]». El título que encabeza este trabajo es inmediatamente paradójico, pues, en lo atinente a la vertiente familiar del derecho garantizado por el art. 8.1 CEDH, la doctrina constitucional no reconoce un derecho fundamental sustantivo, protegible en amparo (art. 53.2 CE), que incluya ese contenido. Esta interpretación se ha planteado respecto del art. 18.1 CE, en conexión con el mandato interpretativo del art. 10.2 CE, en cuanto es garante del derecho a la intimidad personal «y familiar». Pero este entendimiento ha sido descartado y se ha establecido que el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE es más limitado que el derecho a la vida privada y familiar del art. 8.1 CEDH (Cachón Villar, 2009: 1004) [2]. El argumento esencial es el siguiente: que, por mor del CEDH, exista un derecho subjetivo al respeto a la vida privada y familiar protegible por la jurisdicción, con los contenidos definidos por el TEDH, no comporta un derecho fundamental protegible en amparo, pues el art. 10.2 CE no permite la «creación» de nuevos derechos fundamentales ni la alteración de los reconocidos «ampliando artificialmente su contenido o alcance [3]». Por tanto, esta solución implica que se niega asimismo que el dere- cho a la vida familiar sea entendido no ya como un derecho fundamental, sino como una faceta o aspecto no explicitado de un derecho fundamental en virtud de la cláusula interpretativa del art. 10.2 CE [4].

La asunción de esta interpretación por la doctrina constitucional es nítida, con diferencias solo en la intensidad del discurso. Ya políticamente más correcto: «La doctrina constitucional no ha admitido que el deslinde del ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, según lo interpreta el TEDH», para concluir que no son dos derechos co-extensos [5]; ya sin sutilezas: «El “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 CDFUE no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE [6]». El Pleno del TC ha sintetizado

Phoca PDF

su doctrina y reiterado el distinto alcance de los derechos ex art. 18.1 CE y art. 8.1 CEDH en su vertiente familiar con ocasión del ATC 40/2017, de 28 de febrero, FJ 3; auto que inadmite el recurso de amparo planteado por la denegación de traslado del preso recurrente a un centro penitenciario más próximo a su domicilio familiar [7]. Asumidas la idoneidad formal del caso que aborda el ATC 40/2017 y la trascendencia del tema de fondo [8], no deja de ser llamativo que esta síntesis no haya encontrado su ocasión en un recurso con un fondo de derecho de familia; ni siquiera para negar el derecho e inadmitir (el caso del ATC 40/2017).

Aceptando un derecho internacionalmente garantizado sin equivalente constitucional, lo que, aunque posible, constituye a priori una «difícil hipótesis» (Saiz Arnaiz, 2009: 196), que el art. 18.1 CE no contemple el derecho a la vida familiar ex art. 8.1 CEDH puede ser una solución impecable desde un punto de vista dogmático [9]. Pero provoca algunos resultados negativos que no pueden desconocerse. Desde la perspectiva del derecho internacional el más inmediato es la eliminación de cualquier diálogo entre el TC y el TEDH en relación con la vida familiar [10] y la consecuente imposibilidad de que el TC participe en la prevención de condenas a España por violación del derecho aunque tenga la oportunidad procesal si se interpone un recurso de amparo [11]; todo ello, en un sistema de protección que se completa con un TJUE que sí tiene un derecho a la vida privada que proteger (art. 7 CDFUE) y que entiende el alcance material de su función de garante de derechos con una significativa vis expansiva, lo que acentúa el aislacionismo del TC en la tutela multinivel del derecho [12]. Ciertamente son resultados coherentes con la inexistencia de un derecho fundamental a la vida familiar protegible en amparo. Pero no coadyuvan al cumplimiento de España de sus compromisos internacionales en la protección del derecho humano a la vida familiar y a su construcción; por efecto reflejo, tampoco a alimentar el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), con los que el derecho a la vida familiar se vincula necesariamente [13].

Desde la óptica del derecho subjetivo el resultado negativo inmediato es una protección de peor calidad del derecho ex art. 8.1 CEDH, que el sistema jurídico español está obligado a garantizar de forma efectiva, pues se pierde una instancia para su defensa. Esta vertiente del problema se agrava si consideramos las dificultades que tradicionalmente ha entrañado para el ordenamiento español la ejecución de las condenas por el TEDH, con lo que comporta en términos de reparación para el particular del daño ocasionado por la violación del derecho.

El presente trabajo parte del análisis de la conocida doctrina constitucional que niega la existencia de un derecho fundamental a la vida familiar protegible en amparo para, desde una aproximación iusprivatista, proponer algunos puntos para la reflexión. El primero, la constatación de disidencias y excepciones en la doctrina. El segundo, las potencialidades de la filtración del derecho a la vida familiar en la doctrina constitucional por medio del derecho fundamental a la motivación (art. 24.1 CE), cercenadas por una infrautilización que carece de fundamento. El tercero, la posible atenuación de los efectos negativos de esta doctrina por mor de factores, a priori, inconexos. Es el caso de la objetivación del amparo introducida por la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC [14], y de la reforma legislativa operada para articular la reapertura de procedimientos a resultas de las condenas del TEDH mediante la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [15].

II. Inexistencia de un derecho fundamental a la vida familiar protegible en amparo

1. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL REITERADA

Phoca PDF

La relación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) ha sido definida por la doctrina constitucional: el ámbito del art. 18.1 CE no incluye un derecho a la vida familiar como el garantizado por el art. 8.1 CEDH. En este sentido es paradigmática la STC 236/2007, de 7 de noviembre: en negativo, en cuanto rechaza la co-extensión de los dos derechos [16], y en positivo, pues, con síntesis de la doctrina precedente, define los contenidos admitidos del derecho a la intimidad familiar protegido por el art. 18.1 CE, evidenciando su limitado alcance en lo atinente a la vertiente familiar [17]. Por el contrario, la doc- trina constitucional ha radicado los contenidos familiares en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. A título de ejemplo, recordemos la STC 60/2010, de 7 de octubre, que determina que el derecho constitucional afectado por la pena de alejamiento de la víctima y las evidentes consecuencias que provoca en las relaciones familiares es el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y no el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) [18].

Esto es ya lugar común. Lo que conviene subrayar es la vigencia y actualidad de esta doctrina. En este sentido, resulta elocuente que la doctrina se reitere tras lo ocurrido con la STC 186/2013, de 4 de noviembre [19]. Esta sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto con ocasión de la decisión judicial de expulsión que, sostenía la recurrente, no valoraba debidamente el arraigo familiar alegado [20]. Apelando a la doctrina constitucional, la sentencia confirma la inexistencia de una dimensión familiar como la prevista en el art. 8.1. CEDH en el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, en consecuencia, reconduce la protección constitucional del derecho a la vida familiar a los arts. 10.1 CE (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 39.1 CE (protección social, económica y jurídica de la familia) y 39.4 CE (protección de los niños), y excluye su protección de la vía del amparo (art. 53.3 CE); al fin, el amparo es denegado y, en concreto, en lo atinente a la denuncia de vulneración del derecho a la vida familiar residenciado por la recurrente en el art. 18.1 CE, porque dicho derecho no está protegido «por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal [21]». Pues bien, el desenlace de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, fue el siguiente: el recurrente acudió al TEDH, que decretó el archivo de la demanda por acuerdo amistoso por el que el Gobierno reconocía la violación del derecho y se comprometía a adoptar medidas individuales y generales [22]. Que con posterioridad a estos hechos, que hacen reflexionar sobre los efectos negativos de la doctrina, el ATC 40/2017, de 28 de febrero, la reitere elimina cualquier veleidad.

2. Disidencias y excepciones

Dicho lo cual, este categórico entendimiento presenta fracturas. La más gráfica es la disidencia frontal que se manifiesta en los votos particulares. Así, el voto particular a la STC 186/2013, de 4 de noviembre, reclama al Tribunal un discurso que conecte los principios rectores contenidos en el art. 39.1, 3 y 4 con el art. 18.1 CE y permita el análisis de la vulneración de un derecho sustantivo [23]. Más incisivo, el voto particular al ATC 40/2017 reclama «reconsiderar» la doctrina porque carece de sustento argumental sólido y conduce a paradojas axiológicas sobre su contenido esencial [24].

Pero, además, hay excepciones. Porque hay sentencias que sí se refieren a un derecho a la vida familiar incluido en el art. 18.1 CE. Así, en la STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 7, al enjuiciar la motivación de la denegación de renovación de un permiso de residencia y trabajo que no pondera las circunstancias personales y familiares, se concluye la vulneración del art. 24.1 CE por falta de motivación, particularmente apreciable, dice la sentencia, «cuando estaba en juego […] el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE)». Es una afirmación expresada incidentalmente, al hilo de la valoración de la motivación, pero que, de forma que no deja lugar a duda, reconoce

Phoca PDF

un contenido familiar en el art. 18.1 CE. Esta excepción cobra relevancia porque se repite en otras sentencias recientes: STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6; STC 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, y STC 29/2017, de 27 de febrero, FF. JJ. 3 y 5. Más explícita, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 7, invoca el art. 8 CEDH, del que afirma que «reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el art. 18.1 CE)». En la misma línea, la STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 8, se refiere al «derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art. 18.1 CE)»; y, en este caso, no de forma incidental [25].

Mención aparte merece la STC 11/2016, de 1 febrero [26]. Entre otros derechos sustantivos el recurso de amparo denunciaba la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el amparo se otorga por apreciar el Tribunal esta vulneración. Lo que resulta esencial en lo que aquí interesa es que la sentencia parte de la invocación de un piélago de sentencias del TEDH dictadas en aplicación del art. 8.1 CEDH para deducir: «A la vista de la doctrina del TEDH, 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 CE [27]». En síntesis, la sentencia opera una traslación directa del derecho al respeto a la vida privada y familiar, protegido por el art. 8.1 CEDH, al derecho a la intimidad personal y familiar, protegido por el art. 18.1 CE.

Para evaluar esta sentencia hay que tener en cuenta varios factores: se trata de una sentencia de Sala (Primera) y no de Pleno (como exigiría un cambio de doctrina), de una sala integrada por cinco magistrados (no seis), de los cuales, dos formularon voto discrepante, y uno, el ponente, formuló voto concurrente, pero los tres (de cinco), rechazaron la invocación del art. 18.1, con cita de la doctrina reiterada en cuanto a la diferente extensión del derecho ex arts. 18.1 CE y 8.1 CEDH [28]. En estas condiciones la sentencia no puede operar un cambio de doctrina, como ha dejado claro el ATC 40/2017, de 28 de febrero [29]. Por su parte, el voto particular al ATC 40/2017, FJ I.3, considera esta sentencia como manifestación de una transición, junto con otras sentencias del TC sobre contaminación acústica [30]. Puede no compartirse esta calificación «transicional [31]», pero, en todo caso, la reflexión es llamativa. En definitiva, la STC 11/2016 acaso ha de entenderse como lo que parece: una anomalía.

III. Derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) y derecho fundamental a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE)

1. El derecho a la vida familiar como parámetro de motivación

El derecho a la vida familiar ha encontrado un cauce de penetración en la doctrina constitucional a través de los derechos procesales; en particular, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución motivada. De esta suerte, si bien se niega un derecho fundamental autónomo, sí se reconoce que las relaciones personales y familiares integran «intereses jurídicos invocables ante la jurisdicción ordinaria según su particular configuración legal», lo que permite el enjuiciamiento desde la perspectiva de la razonabilidad y de la proscripción de la arbitrariedad [32]. Esta solución se encuentra en sentencias con un fondo de derecho de extranjería y se comprende asociada con el desarrollo que el TEDH ha dado a una faceta concreta del derecho a la vida familiar: el derecho de la vida familiar de los extranjeros como límite a la expulsión [33]. Es una lógica asumida igualmente por el TJUE en interpretación de las normas de la

Phoca PDF

Unión Europea en materia de asilo e inmigración [34]. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, el derecho al respeto a la vida familiar en este contexto pasa por la proporcionalidad de la medida (López Guerra, 2017: 12); lo que constituye, en puridad, una clave interpretativa del art. 8.1 CEDH en general: la ponderación de la «necesidad» de la medida que interfiere en la vida familiar. Pues bien, conforme con esta interpretación el TC incorpora en su juicio sobre la motivación de la resolución la comprobación de la realización por el juez de la ponderación de las circunstancias familiares.

Tomemos dos SSTC en las que el Tribunal otorga el amparo por vicio de motivación, por no tener en cuenta las circunstancias familiares alegadas frente a la medida de expulsión del territorio español. Así, en el caso resuelto por la STC 140/2009, de 15 de junio, el recurrente tenía pareja en España, que disponía de un segundo permiso de residencia y con la que tenía cuatro hijos menores escolarizados. La sentencia otorga el amparo por falta de motivación y califica como arbitraria la decisión de expulsión que entendió irrelevantes las circunstancias familiares del recurrente para ponderar la medida de expulsión «máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada», a lo que acompaña, previa invocación del art. 10.2 CE, entre otros, cita de jurisprudencia TEDH en aplicación del art. 8.1 CEDH, así como del art. 39.1 y 4 CE [35]. En el mismo sentido se desenvuelve la STC 131/2016, de 18 de julio. En el caso, el recurrente vivía en España con su esposa y sus dos hijos escolarizados, todos con permiso de residencia. La sentencia otorga el amparo por falta de motivación al constatar que nada de lo alegado por el recurrente fue tenido en cuenta, entre otros, sus circunstancias familiares [36].

Sobre un asunto similar versa la repetida STC 186/2013, de 4 de noviembre, pero, en este caso, a diferencia de los anteriores, no se denunció vulneración del art. 24.1 CE. Precisamente por esta razón, bien que la STC recuerda la necesidad de que el juez pondere el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar y la necesidad de la medida, deniega el amparo. De la importancia del derecho fundamental a una resolución motivada como vía de penetración del derecho a la vida familiar da cuenta el hecho de que el voto particular a la sentencia dedica buena parte de su argumentación a negar el presupuesto y establecer que la vulneración del 24.1 sí se había denunciado [37].

También en el ámbito de la extranjería, aunque con motivo de un recurso de amparo referido a la denegación de renovación de un permiso de residencia y trabajo, la STC 46/2014, de 7 de abril, otorga el amparo por vulneración del derecho a la motivación (art. 24.1 CE) ante la falta de consideración de las circunstancias personales y familiares alegadas; en el caso, la madre del recurrente tenía autorización de residencia permanente en España y el recurrente tenía dos hijos menores en España, sujetos a custodia compartida [38].

La filtración del derecho a la vida familiar vía derecho a la motivación se consolida en resoluciones recientes. Así, la STC 201/2016, de 28 de noviembre, otorga el amparo por vulneración del derecho a la motivación, art. 24.1 CE, de las resoluciones judiciales que decretan la expulsión del extranjero sin considerar sus circunstancias personales y familiares (incapaz declarado judicialmente bajo tutela de su hermano en España); igual que la STC 29/2017, de 27 de febrero, respecto de las resoluciones que imponen la pena de expulsión del art. 89 CP (la recurrente extranjera estaba casada y residía en España con su marido e hijos menores) [39]. En la misma línea, la STC 14/2017, de 30 de enero, o la STC 113/2018, de 29 de octubre, en las que la ausencia de ponderación de las circunstancias concurrentes (en estos casos, las familiares como coadyuvantes de otras personales) conduce

Phoca PDF

a la estimación del amparo. En fin, la admisión y otorgamiento de estos amparos, que ya resuelven por aplicación de doctrina, ponen en evidencia la reiteración de doctrina constitucional [40] que incluye la ponderación de las circunstancias familiares alegadas como requisito de motivación de las decisiones en el ámbito del derecho de extranjería que implican entrada o salida del territorio nacional [41].

Hasta aquí el estado de la cuestión. Lo que se plantea es que, una vez admitido que la ponderación de las circunstancias familiares son condición de suficiencia y razonabilidad de la motivación, no se justifica una acotación material. La base constitucional que sostiene esta solución es la vinculación de las circunstancias familiares con intereses jurídicos que cobran trascendencia constitucional por su conexión, primero, con el principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), sistemáticamente invocado en las sentencias precitadas, y, segundo, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en el que la doctrina constitucional ha radicado el factor familiar. Con más motivo si, además, esta solución es deudora del mandato interpretativo del art. 10.2 CE, como resulta de la también sistemática invocación de este precepto en apoyo de un canon de motivación más exigente en estos casos. Si la realización de la ponderación por el juez de las circunstancias familiares en supuestos de expulsión, como contenido del derecho a la vida familiar del CEDH según la jurisprudencia del TEDH, es reconocida como condición constitucional de la motivación por mor del art. 10.2 CE, ha de serlo la consideración por el juez de los demás contenidos esenciales del derecho tal y como se conforman por el TEDH, y sin distinción de orden jurisdiccional o materia: en relación con las medidas de protección de menores, régimen de visitas, sustracción internacional de menores, etc.; contenidos esenciales que, sin ir más lejos, como hemos indicado, comparten un denominador común: la ponderación de la necesidad de la medida que interfiere en la vida familiar [42]. Se trata, además, de la solución idónea si se quiere garantizar el estándar mínimo de protección del derecho ex art. 8.1 CEDH que la jurisdicción ordinaria está obligada a proteger.

Esta integración en el canon de razonabilidad constitucional de la motivación se ha impuesto en relación con otro elemento de juicio, con autonomía propia, pero imbricado en el derecho a la vida familiar: el interés superior del menor [43]. En presencia del interés superior del menor la doctrina constitucional ha establecido que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional [44]». De esta suerte, el juicio en sede constitucional de cualquier decisión que afecte a menores, en cualquier orden, exige constatar la ponderación del interés del menor, «siendo legal y constitucionalmente inviable» que sea ajena a ese criterio [45]; y puede considerarse exigible una motivación reforzada [46].

En definitiva, si se atiende a la fundamentación que sostiene la ponderación de las circunstancias familiares como condición de suficiencia y razonabilidad de la motivación, una limitación material de esta lógica no parece justificada. En consecuencia, una decisión judicial que interfiere en la vida familiar no debería soslayar la exteriorización de la ponderación de derechos, intereses o circunstancias que mantienen la necesidad de la medida y, esto es lo que interesa destacar, el control de motivación pasaría por comprobar que dicha ponderación se haya practicado. En cualquier orden jurisdiccional y sobre cualquier materia; pero, de forma significativa, cuando la decisión judicial verse sobre derecho de familia. Generalizar la utilización del derecho fundamental a una resolución motivada (art. 24.1) como cauce de penetración del derecho a la vida familiar minimizaría los efectos negativos a que conduce la distinta extensión que la doctrina constitucional reconoce a los arts. 18.1 CE y 8.1 CEDH [47].

Phoca PDF

2. El derecho a la vida familiar como parámetro de razonabilidad del resultado

El recurso al derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) como parámetro de enjuiciamiento del derecho fundamental a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE) adquiere un perfil específico en algunos casos, en los que sirve al Tribunal como argumento a mayor abundamiento para descartar la lesión mediante un test de razonabilidad del resultado, en una suerte de interpretación internacionalmente conforme mediata (por medio del derecho a la motivación) y que, como la interpretación conforme, incrementa la legitimidad de la decisión (Saiz Arnaiz, 2013: 147) [48]. Veámoslo en dos ejemplos, en esta ocasión sí, de derecho de familia, en los que el asunto de fondo era la sustracción internacional de menores. En la STC 127/2013, de 3 de junio, que des- carta la vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE), la fundamentación culmina con un argumento en favor de la razonabilidad de la resolución impugnada, por un análisis de resultados: primero, en punto al interés superior del menor, y segundo, del derecho del padre a mantener relaciones con la menor, uno de los contenidos del derecho a la vida familiar, art. 8.1 CEDH, lo que «coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el art. 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar» ex art. 8 CEDH [49].

Con la misma lógica, la STC 16/2016, de 1 de febrero, que otorga el amparo por vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE), utiliza este juicio de compatibilidad al descartar la contradicción de la decisión judicial que ordena en apelación la restitución de la menor (en España, con la madre) con las resoluciones judiciales que establecieron medidas provisionales, que otorgaban la guarda y custodia a la madre, tras la denegación de la restitución en instancia. Así, afirma que aquellas medidas provisionales «sirvieron para estabilizar la frágil situación provisional de la menor, incursa en un procedimiento de restitución que se prolongaba, así como a preservar, en estas circunstancias complejas, su derecho a relacionarse con ambos progenitores [art. 8 CEDH] y de la misma manera, sirvieron al interés del padre que ha tenido un régimen de visitas en España durante la tramitación del procedimiento». También, al apreciar finalmente el vicio de motivación en la resolución judicial que ordena la restitución de la menor, la sentencia añade como argumento que es una conclusión acorde con las exigencias derivadas del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) [50].

El recurso al derecho a la vida familiar como parámetro de razonabilidad del resultado es ocasional. La generalización de un análisis de compatibilidad con el derecho a la vida familiar como parte del juicio a la motivación de las resoluciones que interfieren en la vida familiar y su exteriorización en la sentencia sería positivo; en particular, precisamente porque no se puede analizar como derecho sustantivo. Esta solución permite mantener abierto el diálogo con el TEDH, que puede constatar (desde la perspectiva del derecho subjetivo, también el recurrente) no solo que el derecho internacionalmente reconocido fue tomado en consideración, sino igualmente que, a juicio del TC español, fue debidamente protegido; lo que es relevante con vistas a un potencial recurso ante el TEDH.

En los ejemplos señalados el juicio de razonabilidad del resultado actúa como argumento a mayor abundamiento, en apoyo de la decisión del Tribunal. Por tanto, su generalización como elemento de análisis constitucional en sede de amparo no entraña dificultad práctica ni dogmática. Pero este puede ser su límite. El uso del derecho a la vida familiar como parámetro de la razonabilidad del resultado, aun de manera mediata, y con el pretexto del derecho fundamental a la motivación, implica un juicio incisivo del discurso de la resolución judicial cuestionada:

Phoca PDF

no solo se constata que la resolución judicial lo tomó en consideración. La hipótesis de que el Tribunal declare la vulneración de derecho fundamental a una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE) porque los resultados de la resolución judicial cuya motivación se cuestiona se consideren incompatibles con el derecho a la vida familiar ex art. 8.1 CEDH parece difícil en el momento actual de la doctrina constitucional; porque, en esencia, es realizar un análisis en clave de derecho fundamental sustantivo.

IV. Factores que atenúan los efectos negativos de la inexistencia de un derecho fundamental

1. La objetivación del recurso de amparo

Hemos empezado señalando algunos efectos negativos de la limitada aproximación en sede de recurso de amparo al derecho a la vida familiar. Para terminar, se propone reflexionar sobre el alcance real de estos efectos a la luz de dos factores. El primero y principal: la objetivación del amparo. Como es sabido, la LO 6/2007, de 24 de mayo, incorporó la especial trascendencia constitucional como requisito de admisión del amparo al objeto de combatir la atención desproporcionada del TC a su función de garante de derechos fundamentales. Unido a lo anterior, otorgaba un mayor protagonismo a la jurisdicción ordinaria en su responsabilidad de tutela de los derechos fundamentales mediante la ampliación del ámbito del incidente de nulidad de actuaciones. La objetivación del amparo no altera la responsabilidad de la jurisdicción ordinaria respecto a la defensa de los derechos fundamentales, pues siempre fue su primera garante; pero sí supone que, como regla general, será la única. A ello coadyuva la interpretación y aplicación estricta que hace el TC de la especial trascendencia como requisito de admisión y de su articulación con las demás causas de inadmisión, en particular, la verosimilitud de la lesión denunciada [51]. En este sentido es significativo que el TC haya tenido que proceder a explicitar la causa de especial trascendencia que justifica la admisión de los recursos a impulso del TEDH [52].

En este contexto, aun en la hipótesis de que se reconociera un derecho a la vida familiar en el ámbito del art. 18.1 CE, y aun de generalizarse el derecho a la vida familiar como parámetro de enjuiciamiento de la motivación, conviene preguntarse sobre el papel que el TC desempeñaría como garante del derecho por la vía del amparo cuando legislador y TC promueven la limitación de su función como garante de derechos en general. Es innegable la radical trascendencia de un hipotético reconocimiento de un derecho «fundamental» a la vida familiar. Pero el desarrollo de una doctrina constitucional sobre el derecho a la vida familiar por esta vía estaría condicionado por la efectiva admisión de recursos, al fin, por la sensibilidad del TC para apreciar no solo la vulneración del derecho, sino igualmente la especial trascendencia constitucional en estos casos, con un mayor protagonismo de los asuntos con un fondo de derecho de familia [53]. Este panorama limitado se acentúa si, al rigor en la admisión del amparo, se añade la vis expansiva del TJUE en su función de garante último de los derechos reconocidos en la CDFUE, cuyo art. 7 sí reconoce un derecho a la vida familiar. En este marco legal, diálogo multinivel, prevención de condenas (perspectiva de derecho internacional) y mejor protección del derecho (perspectiva del derecho subjetivo) quedan en manos de la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, la jurisprudencia del TS (Sala de lo Civil) ofrece un ejemplo digno de atención. La cuestión controvertida: la gestación subrogada. En el caso, los padres, cónyuges del mismo sexo y ambos españoles, solicitaron la inscripción, en el Registro Consular español en Los Ángeles, del nacimiento de dos recién nacidos mediante gestación subrogada como hijos del matrimonio. En casación se confirmó la cancelación de la inscripción por STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. Frente a la STS se formuló incidente de

Phoca PDF

nulidad de actuaciones, que fue desestimado por Auto del TS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015 [54]. La gestación subrogada es una cuestión sensible, de importancia creciente y controvertida a nivel interno e internacional [55], que merecería un análisis en clave constitucional, dado que, en esencia, se reduce a la compatibilidad o no de la figura con el orden público internacional español, esto es, con los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento, y su alcance. Pues bien, la fundamentación de la sentencia y el auto del TS realizan dicho análisis, y también el de la violación del art. 8.1 CEDH, que descartan previo examen de la jurisprudencia del TEDH. Al margen de la valoración del resultado material alcanzado [56], lo que aquí interesa es que el TS dictó una «sentencia de amparo [57]» y, lo más sugestivo, cómo utilizó el incidente de nulidad de actuaciones: tras la STS y pendiente el incidente planteado por la parte, el TEDH dictó las relevantes SSTEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia, y la STEDH, de 27 de enero de 2015, en el asunto Paradiso y Campanelli c. Italia [58], y el TS recurrió el incidente como «el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza dicho Tribunal»; hasta tal punto que, con este razonamiento, reabre una queja ya cerrada [59], en un radical entendimiento finalista del incidente (e implícitamente, del papel del TS) como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales.

2. La reparación del daño por violación del derecho tras la lo 7/2015, de 21 de julio

Entre los efectos negativos del limitado acercamiento de la doctrina constitucional al derecho a la vida familiar hemos subrayado la imposibilidad de que el TC aborte una condena a España por violación del art. 8.1 CEDH en la oportunidad procesal que brindaría la interposición de un recurso de amparo y la correlativa protección de peor calidad del derecho subjetivo. Tradicionalmente esta consecuencia se agravaba por las dificultades para la ejecución de las condenas por el TEDH en el sistema español, en particular, cuando la sentencia comportaba la reapertura de un procedimiento judicial, terminado por sentencia firme con efecto de cosa juzgada [60]. Pues bien, la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha mejorado notablemente la situación al establecer, con carácter general, la revisión ante el TS como cauce procesal para esta pretensión; en el orden civil, art. 510.2 LEC [61]. Esta solución, además, sitúa la ejecución de las condenas por el TEDH en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción [62] y, en consecuencia, del principio de interpretación pro actione, el canon de análisis más incisivo. Es una derivación, acaso impensada por el legislador, que ha seguido la solución adoptada en el orden penal por el TS mediante el Acuerdo del 21 de octubre de 2014 [63]. El TC, que ya lo había apuntado en la STC 70/2007, de 16 de abril, ha subrayado esta consecuencia en la STC 65/2016, de 11 de abril, FJ 4.

Aunque al establecer este cauce procesal mejora la expectativa de ejecución de la condena, el alcance en la práctica de esta reforma legislativa es relativo cuando está en juego el derecho a la vida familiar en procedimientos en el orden civil. En primer lugar, además de los costes económicos y de inseguridad jurídica que comporta para la víctima la reapertura del procedimiento, en el ámbito civil su adecuación como medida de reparación es cuestionable principalmente por la existencia de terceros de buena fe con más frecuencia que en los procesos penales (López Guerra, 2014: 4). Esta es una de las razones por las que algunos ordenamientos optan por otros métodos para procurar la restitución en el ámbito civil y por la que hay que admitir que la reapertura del procedimiento civil a resultas de la condena por el TEDH puede ser inviable [64]. El art. 510.2 LEC es coherente con esta necesaria ponderación de los intereses en presencia, pues previene expresamente que la revisión no puede perjudicar los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

Phoca PDF

En segundo lugar, también su utilidad es cuestionable desde el punto de vista de la temporaneidad de la respuesta, pues en el marco del derecho a la vida familia, y de forma drástica si hay menores, el paso del tiempo convierte el daño en irreparable. De hecho, en la jurisprudencia del TEDH sobre derecho a la vida familiar, el cumplimiento o no de la obligación positiva de adopción de medidas adecuadas, que es parámetro para determinar la violación del derecho, se juzga en función de la celeridad/temporaneidad de la adopción [65]. El caso resuelto por la precitada STC 65/2016, de 11 de abril, es paradigmático. El asunto parte de la declaración de desamparo y acogimiento pre-adoptivo de una menor. La madre se opuso y, agotada la vía judicial por amparo inadmitido en 2011, acudió al TEDH, que declaró la violación del art. 8.1 CEDH [66]. Para canalizar la pretensión de ejecución de la condena (formulada antes de la reforma por la LO 7/2015), la recurrente planteó incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido. La recurrente vuelve en amparo contra la inadmisión del incidente, pretensión que es estimada por el TC [67]. En lo que ahora interesa, la STEDH ya pone de manifiesto que la situación es «difícilmente reversible» a causa de los efectos perniciosos del paso del tiempo, decisivo de «la imposibilidad de cualquier reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija», para concluir que se «deben tomar las medidas apropiadas en el interés superior de la niña» y condenar al pago de satisfacción equitativa [68]. En definitiva, para el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor el daño es irreversible. Hay que advertir que, simultáneamente a este iter procesal, se tramita procedimiento para la adopción de la menor, lo que abunda en lo claudicante de la situación [69].

En todo caso, con estas limitaciones en la práctica para la reapertura del procedimiento en el orden civil la reforma ha mejorado la expectativa de ejecución de la hipotética sentencia de condena del TEDH por violación del derecho, por lo que el impacto negativo de la imposibilidad de acceso al amparo del derecho a la vida familiar se atenúa.

V. Conclusiones

1. El título de este trabajo es paradójico, pues la doctrina constitucional niega la existencia de un derecho fundamental a la vida familiar protegible en amparo, coextenso al derecho al respeto a la vida familiar reconocido por el art. 8.1 CEDH. Esta solución, que puede ser impecable desde un punto de vista dogmático, provoca efectos negativos en diversos planos; en particular, consideramos los producidos en los planos del derecho internacional y de la protección del derecho subjetivo.

La negación de un derecho fundamental sustantivo a la vida familiar es doctrina reiterada y actual. Sin embargo, y además de las opiniones disiden- tes, existen pronunciamientos en la doctrina constitucional que no se compadecen con ella; también reiterados y actuales, por lo que no se pueden ignorar. En una imagen: el ATC 40/2017, de 28 de febrero, insiste en que el art. 18.1 CE no incluye contenidos propios de la vida familiar, pero, el 27 de febrero, la STC 29/2017 vinculaba la falta de ponderación de circunstancias familiares con el derecho a la intimidad familiar, con invocación del art. 18 CE.

2. Cuestionado como derecho fundamental sustantivo protegible en amparo, el derecho a la vida familiar ha encontrado un cauce de penetración a través del derecho fundamental a una resolución motivada (art. 24.1CE), pues el TC lo reconoce como parámetro para su enjuiciamiento. Es una línea doctrinal que se consolida, que atenúa los efectos negativos de la inexistencia de un derecho fundamental a la vida familiar y que se construye

Phoca PDF

eminente- mente con sentencias con un fondo de extranjería. Pero la base jurídica que la sostiene es la vinculación de la vida familiar con intereses jurídicos de trascendencia constitucional por su conexión con el principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y con el principio hermenéutico del art. 10.2 CE. Si esta es la base jurídica, la ponderación de la necesidad de una medida que interfiere en la vida familiar debería constituir un requisito de razonabilidad de las resoluciones judiciales (y el control de la motivación de las resoluciones judiciales comprender la constatación de que dicha ponderación se haya practicado) sin distinción de materia u orden jurisdiccional, lo que afectaría significativa- mente a los asuntos con un fondo de derecho de familia.

3. El derecho a la vida familiar como parámetro de enjuiciamiento de la motivación tiene una manifestación específica: como elemento de juicio de la razonabilidad del resultado. Pero es esporádica. La generalización de esta vía argumentativa en las decisiones del TC, inocua, pues su actuación solo es previsible como argumento a mayor abundamiento, serviría como canal de comunicación de las razones por las que, a juicio del TC, el derecho a la vida familiar fue debidamente protegido, lo que permitiría mantener abierto un mínimo diálogo con el TEDH y coadyuvar a la prevención de potenciales condenas del TEDH por violación del derecho.

4. Para evaluar el alcance en la práctica del impacto negativo que pueda tener la limitada aproximación en sede de recurso de amparo al derecho a la vida familiar se propone tomar en consideración dos factores. El primero y principal: la objetivación del amparo. En el contexto del amparo objetivo, aun en la hipótesis de su reconocimiento como derecho fundamental o de la generalización de su consideración como parámetro de motivación, la importancia de la aportación de la doctrina constitucional a la garantía y conformación del derecho a la vida familiar dependería en gran medida de la sensibilidad del TC al apreciar no solo la vulneración del derecho sino, igualmente, la especial trascendencia constitucional en estos casos. Porque merced al amparo objetivo, hay que asumir que, con carácter general, el diálogo entre tribunales, la prevención de condenas y la mejor protección del derecho subjetivo se residencian en la jurisdicción ordinaria. En este punto nos limitamos a reseñar un ejemplo: la utilización del incidente de nulidad de actuaciones por el ATS (Sala Primera) de 2 de febrero de 2015, en un entendimiento óptimo del cumplimiento de estas funciones.

5. Finalmente, revisamos el presupuesto a la luz de un segundo factor: la mejor expectativa de reparación del daño por violación del derecho declarada por el TEDH tras la reforma legislativa operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, que canaliza procesalmente la medida de reapertura del procedimiento. La reforma legislativa ha mejorado la situación (sustancialmente, al quedar sometida la reapertura del procedimiento al principio de interpretación pro actione), pero hay que tener en cuenta que la virtualidad en la práctica de esta medida queda condicionada por la afectación de los terceros de buena fe y su necesaria temporaneidad, factores particularmente concurrentes en los procedimientos en el orden civil. Con todo, en los casos en que sea viable la reparación mediante la reapertura del procedimiento por concurrir las condiciones previstas por el art. 510.2 LEC, la expectativa razonable de ejecución de la potencial sentencia de condena del TEDH que genera la reforma legislativa atenúa el efecto negativo de la imposibilidad de acceso al amparo del derecho a la vida familiar.

María Victoria Cuartero Rubio, en https://dialnet.unirioja.es/

Notas:

Phoca PDF

1 Trabajo realizado en el marco de la red temática: «Justicia Civil: análisis y prospectiva» (DER 2016-81752-REDT) y el proyecto nacional I+D: «El TJUE: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (DER 2016-75567-R).

Convenio del Consejo de Europa, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en adelante CEDH. El precepto sigue: «2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté pre- vista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». En similares términos, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), bajo el título «Respeto de la vida privada y familiar», establece: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Ambos preceptos reflejan la previsión del art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»; y del art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques» (en relación con los arts. 16.3 DUDH y 23.1 PIDCP).

2 Refiere el diferente contenido del art. 18.1 CE y del 8.1 CEDH, en lo que aquí interesa, con explicación de los aspectos que exceden del derecho a la intimidad familiar, Santolaya Machetti, 2009: 545-566.

3 Voto particular concurrente del magistrado don Manuel Aragón Reyes, STC 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 2.

4 El art. 10.2 CE admite la incorporación de aspectos no explicitados de los derechos fundamentales (Saiz Arnaiz, 2009: 196; también se reconoce la eventualidad de «la emergencia de nuevos derechos» como resultado de la «paulatina interpretación» de los existentes de conformidad con los convenios internacionales y su jurisprudencia, ibíd.: 207). Y en el entendimiento de que el art. 10.2 CE sirve a la interpretación de todos los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, incluso los que adoptan la forma de principios rectores (Queralt Jiménez, 2008: 197).

5 ATC 40/2017, de 28 de febrero, FJ 3.

6 STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

7 Muy cercano en el tiempo, en el asunto Labaca Larrea el TEDH inadmite una queja similar por manifiestamente mal fundada (Labaca Larrea c. Francia [dec.], núm. 56710/13, párr. 47, TEDH 2017).

8 Se denunciaba únicamente la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), en conexión con el derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH), supuesto perfecto para abordar la relación entre ambos. El Pleno recabó para sí el conocimiento del recurso y fue inadmitido mediante auto y no providencia; circunstancias que subrayan la relevancia del asunto.

9 A lo dicho supra hay que sumar los argumentos contra una interpretación extensiva del art. 18.1 CE. Entre otros, sobre los problemas que plantea el uso expansivo del derecho a la vida privada por el TEDH, Gómez Montoro (2016: 617-650), de los inconvenientes de una «expansión sin límites discernibles» de derechos, como los del art. 18, vinculados al art. 10.1 CE, alerta J. Jiménez Campo (2009: 191); en general, sobre los peligros de la interpretación expansiva de los derechos fundamentales, Pérez Tremps (2005: 908-909).

10 Sobre la interrupción del diálogo TC-TEDH sobre derechos fundamentales, vid. Ripol Carulla, 2014: 11-53. Otras expresiones del mismo fenómeno: el TC queda al margen de la configuración de un ius commune en materia de derechos humanos como elemento de interpretación de los derechos fundamentales, en una alimentación recíproca (Pérez Tremps, 2005: 917-918), al margen de la «integración europea de derechos fundamentales» (García Couso, 2016: 120), etc.

11 De las últimas resoluciones del TEDH en relación con España y el derecho a la vida familiar, y conforme a los datos que constan en las mismas,

Phoca PDF

el asunto M.L.R. (M.L.R. c. España [dec.], núm. 22353/14, TEDH 2016) fue inadmitido por el TEDH por falta de agotamiento e inadmitido por el TC (no consta la causa), el asunto Fernández Cabanillas (Fernández Cabanillas c. España [dec.], núm. 22731/11, TEDH 2014) fue inadmitido por manifiestamente infundado y en el TC por falta de especial trascendencia constitucional; en el asunto K.A.B. (K.A.B. c. España, núm. 59819/08, TEDH 2012) y el asunto Saleck Bardi (Saleck Bardi c. España, núm. 66167/09, TEDH 2011) se declaró la violación del derecho y el previo amparo había sido inadmitido por falta de especial trascendencia constitucional. Por el contrario, se declaró la no violación del derecho en el asunto P.V. (P.V. c. España, núm. 35159/09, TEDH 2010), que cuestionaba la STC 176/2008, de 22 de diciembre. De especial interés resultan G.V.A. c. España (dec.), núm. 35765/14, TEDH 2015, y R.M.S. c. España, núm. 28775/12, TEDH 2013, a las que nos referiremos infra. Recientemente España ha sido condenada en el asunto Saber y Boughassai (Saber y Boughassai c. España, núms. 76550/13 y 45938/14, TEDH 2018). Los recurrentes habían interpuesto recursos de amparo ante el TC, que fueron inadmitidos por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional (cf. párr. 17 de la precitada sentencia).

12 El voto particular al ATC 40/2017 incide en esta perspectiva, que ilustra con el expresivo desenlace de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, vid. infra.

13 Vid. infra; una construcción constitucional de la familia que descansa en el equilibrio entre los derechos fundamentales de los individuos y las políticas públicas de protección ex art. 39.1 CE (Roca i Trias, 2006: 208) y cuya inclusión en el texto constitucional responde a un interés de protección, más allá del «efecto emulación» de las normas internacionales (Aguado Renedo, 2012: 77-78).

14 BOE, núm. 125, de 25 de mayo de 2007.

15 BOE, núm. 174, de 22 de julio de 2015.

16 Al hilo del cuestionamiento constitucional de la LOEX, y, en particular, del derecho a la reagrupación familiar, la STC 236/2007, FJ 11, establece: «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», y niega que dicho derecho (como el más concreto derecho de reagrupación familiar) pueda incardinarse en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

17 La intimidad familiar se define como una dimensión adicional de la personal que se extiende «a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una per- sonal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al res- pecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988), «(STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11); recientemente STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 5.

18 STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 (que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 del Código Penal según la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre). La misma lógica opera en la STC 80/2010, de 26 de octubre, y resuelven por remisión las SSTC 79/2010, de 26 de octubre, 81-86/2010, de 3 de noviembre, y 115-119/2010, de 24 de noviembre.

19 Argumento en el voto particular al ATC 40/2017, de 28 de febrero, supra.

20 La recurrente era madre de una menor española, de padre español, en prisión, resultando la expulsión una medida desproporcionada por sus efectos sobre la situación de la menor (en el caso de permanecer en España sin la madre) y los derechos de la menor y el padre a relacionarse (en el caso de que la menor acompañara a la madre expulsada).

21 STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

22 Dejar sin efecto la decisión de expulsión y abonar satisfacción equitativa, así como asegurar la interpretación del art. 57.2 LOEX de conformidad con el art. 8 CEDH (G.V.A. c. España [dec.], núm. 35765/14, TEDH 2015 precitada); pese a lo cual, STS (Sala Tercera) de 18 de julio de 2017,

Phoca PDF

FJ 3 in fine.

23 Voto particular de los magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré, FJ 6.

24 Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, FJ I.1 in fine.

25 Profesora de Religión cuyo contrato temporal no se renueva por haber contraído matrimonio civil. En el amparo se denunciaba lesión del art. 18.1 CE, entre otros, y se otorga con reconocimiento de vulneraciones al art. 14 CE y al art. 16.1 CE «en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)».

26 La sentencia otorga el amparo interpuesto contra las resoluciones judiciales que denegaron la licencia solicitada por la recurrente para la incineración de los restos biológicos del aborto al que se sometió.

27 STC 11/2016, de 1 febrero, FJ 3.

28 Discrepante de los magistrados don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y doña Encarnación Roca Trias, y concurrente del magistrado ponente don Andrés Ollero Tassara.

29 Según explica el auto, se trata de «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 TEDH al interpretar el art. 8.1 CEDH en todas sus posibles facetas» (ATC 40/2017, de 28 de febrero, FJ 3).

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

31 Las sentencias precitadas analizan un derecho a la «intimidad domiciliaria», que anclan en el art. 18, párrs. 1 y 2, asumiendo de forma acrítica el planteamiento difuso de los recurrentes; y el análisis del art. 18.1 se refiere como «estrictamente vinculado» al art. 10.1 CE.

32 ATC 40/2017, de 28 de febrero, FJ 5.

33 Un resumen de los contenidos del art. 8 según el TEDH, en Arzoz Santisteban (2015: 399-421). En concreto, sobre este contenido, vid., entre otros, Torres Pérez (2017: 148-167).

34 V. gr., Sentencia de 7 de diciembre de 2017, López Pastuzano, C-636/16, EU:C:2017:949.

35 STC 140/2009, de 15 de junio, FF. JJ. 5 y 6.

36 STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 5. Hay que advertir que, a diferencia del recurso que dio lugar a la STC 140/2009, en este se denuncia vicio de motivación pero también vulneración del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) en relación con el art. 39 CE.

37 Lo que habría conducido a la vulneración del art. 24.1 CE en aplicación de la doctrina. Se trataría, además, de una falta de motivación particularmente grave si, como se hace, se defiende igualmente la existencia de un derecho fundamental a la vida familiar ex art. 18.1 (vid. supra), pues habría requerido una motivación reforzada.

Phoca PDF

38 Un caso que se separa de nuestro objeto pero digno de comentario es el que plantea la STC 145/2011, de 26 de septiembre. El recurrente alegó vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), motivación (art. 24.1 CE) e intimidad familiar (art. 18.1 CE), por no haberse valorado el arraigo familiar en España al decretar la expulsión. El amparo fue otorgado por vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), pues no se notificó la propuesta de resolución del expediente, en la que se incluían hechos nuevos que resultaron trascendentes para la orden de expulsión; en lo que aquí interesa, la existencia de diligencias previas por delito de malos tratos y la de orden judicial de alejamiento de la esposa.

39 En puridad, esta sentencia no pune la falta de ponderación sino la irrazonable valoración de la prueba cuando se aportaron pruebas incontestables.

40 Y su cuestionable especial trascendencia constitucional por inexistencia de doctrina constitucional (STC 29/2017, FJ 2) o necesidad de aclaración o cambio (STC 201/2016, antecedente 5; sí, por cuestión jurídica de relevante y general repercusión social).

41 Por tanto, si el recurrente quiere un pronunciamiento del TC sobre el art. 8.1 CEDH debe invocar vulneración del art. 24.1 CE. Con la misma lógica, el TC puede ser sorteado a voluntad del recurrente mediante la sencilla estrategia procesal de alegar en el recurso de amparo vulneración del art. 18.1 CE en conexión con el art. 8.1 CEDH (planteamiento de inmediata inadmisión por aplicación de la doctrina constitucional), sin alegar vulneración del art. 24.1 CE.

42 Lo que conecta, además, con la ponderación como técnica clave en la interpretación de derechos fundamentales si median valores constitucionales expresamente reconocidos (Díez-Picazo Giménez, 2013: 61 y 114-116); en el caso, arts. 10.1 y 39.1 CE.

43 «El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7)» (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

44 STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, y doctrina allí citada.

45 STC 127/2013, de 3 de junio de 2013, FJ 6.

46 STC 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5.

47 Valga como ejemplo el asunto Iglesias Gil, que terminó en condena por el TEDH por violación del art. 8.1 CEDH (Iglesias Gil y A.U.I. c. España, núm. 56673/00, TEDH 2003). Con un fondo de sustracción internacional de menores, el TC desestimó los dos recursos de amparo interpuestos, por considerar que las quejas se limitaban a la discrepancia con unas resoluciones motivadas y fundadas en derecho (comentado en Cuartero Rubio, 2013: 471-499); decisiones que no habrían aguantado un juicio de motivación que comprendiera una constatación de la ponderación exigida por el derecho a la vida familiar.

48 Interpretación internacionalmente conforme, ya como ausencia de contradicción, ya como deducibilidad; en este sentido, el recurso al texto internacional sirve como ejemplo y coadyuva a la justificación de la decisión ya adoptada (Saiz Arnaiz, 2009: 202-204); y usado como argumento de autoridad ad abundantiam o complementario (Queralt Jiménez, 2008: 220-247). Un ejemplo extremo: el ATC 40/2017, que analiza la jurisprudencia del TEDH para concluir que se respeta el derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH), en interpretación internacionalmente conforme; si se reconociera un derecho (o un aspecto no explicitado de un derecho) fundamental sustantivo que interpretar ex art. 10.2 CE, que es lo que se niega.

49 STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.

50 STC 16/2016, de 1 de febrero, FF. JJ. 8 y 10.

Phoca PDF

51 La crítica a este entendimiento parece arraigar vía votos particulares en los autos de inadmisión del Pleno del Tribunal. Así, en ATC 9/2012, de 13 de enero, ATC 155/2016, de 20 de septiembre, en el precitado ATC 40/2017, de 28 de febrero; de forma elocuente, en el ATC 119/2018, de 13 de noviembre.

52 Arribas Antón c. España, núm. 16563/11, TEDH 2015.

53 El derecho de familia actual presenta cuestiones necesitadas de análisis constitucional. A mi juicio, bastaría un entendimiento razonable de las causas de especial trascendencia constitucional previstas en el FJ 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio; o considerar la participación en la construcción europea de los derechos fundamentales una causa de especial trascendencia (García Couso, 2016: 135).

54 STS y ATS con voto particular de cuatro magistrados.

55 Razones que han llevado a crear un grupo de trabajo específico en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Borrás Rodríguez, 2015: 271-275). Vid. Documento Preliminar n.º 2 en las Conclusiones de la Reunión del Consejo, marzo de 2017. Disponible en: https://bit.ly/2tKxpEa.

56 Comparto la crítica de Álvarez González (2014: 273-277); vid. también Álvarez González, 2015: 218-222.

57 Sentencia de «amparo judicial» (Díez-Picazo y Ponce de León, 2013: 22).

58 Por auto de aclaración por comisión de error material, ATS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 11 de marzo de 2015. Se trata de las SSTEDH Mennesson c. Francia, núm. 65192/11, TEDH 2014, Labassee c. Francia, núm. 65941/11, TEDH 2014 y Paradiso y Campanelli c. Italia, núm. 25358/12, TEDH 2015. En los asuntos Mennesson y Labassee, el TEDH calificó el asunto como una cuestión de derecho a la vida privada de los menores y no del derecho a la vida familiar, no así en la STEDH Paradiso (vid. Álvarez González, 2016: 1044-1048; incide en el distinto enfoque Jiménez Blanco, 2015: 238-241). El asunto Paradiso llegó a Gran Sala (Paradiso y Campanelli c. Italia [GS], núm. 25358/12, TEDH 2017), que recondujo el problema a una cuestión de derecho a la vida privada (párr. 165).

59 «En un supuesto tan excepcional, no es de aplicación la doctrina que con carácter general ha sentado esta Sala en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones no permite volver a plantear las cuestiones de trascendencia constitucional que hayan constituido justamente el objeto del proceso y sobre las que la sentencia se haya pronunciado» (FJ 6, 1).

60 Inciden en la inexistencia de cauce procesal adecuado y proponen soluciones Ripol Carulla (2010: 75-112) y Garberí Llobregat (2013).

61 LO 7/2015, art. único, 3, que añade el art. 5 bis a la LOPJ y disposición final cuarta, apdos. 13, 14 y 15, que modifican los arts. 510.2, 511 y 512.1 LEC. En el orden civil, el art. 510.2 LEC previene la revisión contra resoluciones judiciales firmes tras la declaración por el TEDH de violación del derecho «siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

62 Por todas, STC 18/2009, de 26 de enero, FJ 3.

63 Disponible en: https://bit.ly/2VzGiwm.

64 Cf. Consejo de Europa (2016), The Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights (Informe del CDDH adoptado el 11 de diciembre de 2015), p. 80.

Phoca PDF

65 Entre otros, Ignaccolo-Zenide c. Rumanía, núm. 31679/96, párr. 102, TEDH 2000; Maire c. Portugal, núm. 48206/99, párr. 74, TEDH 2003; Pini y otros c. Rumania, núms. 78028/01 y 78030/01, párr. 175, TEDH 2004; Monory c. Rumanía y Hungría, núm. 71099/01, párr. 82, TEDH 2005, y Tapia Gasca y D. c. España, núm. 20272/06, párr. 92, TEDH 2009.

66 Precitada R.M.S. c. España, núm. 28775/12, TEDH 2013.

67 En síntesis: el órgano judicial inadmitió el incidente de conformidad con la redacción derogada del art. 241.1 LOPJ, anterior a la reforma por la LO 6/2007, lo que el TC critica particularmente por desconocer la función estructural del incidente en la protección de los derechos fundamentales (FJ 7 in fine) y por la afectación de la situación de una menor (FJ 8). Cf. los hechos reseñados en antecedentes de la STC y STEDH.

68 Madre e hija se vieron por última vez en 2005, cf. párrs. 91, 92 y 101. Recuérdese que la satisfacción equitativa ex art. 41 CEDH corresponde cuando las consecuencias de la violación del derecho solo admiten una reparación imperfecta. Por su parte, la letrada de la Junta de Andalucía, en el trámite de alegaciones en amparo, insiste en que la STEDH ya ha sido ejecutada, pues se pagó la condena y es contraria al interés de la menor la vuelta con su madre.

69 La STC reclama una solución «tan pronto como sea legalmente posible» en relación con los autos de acogimiento, que son los combatidos hasta el TEDH. A ello añade «sin perjuicio de lo que corresponda valorar» en el seno del procedimiento abierto de adopción de la menor «respecto de los efectos de la STEDH» (STC 65/2016, de 11 de abril, FJ 8 in fine).

Phoca PDF