

LOS LÍMITES DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTRANJEROS CON HIJOS MENORES DE EDAD ESPAÑOLES POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO. EL CASO DE LA STC 186/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE

M. SUSANA QUICIOS MOLINA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Recepción: 30/07/2014
Aceptación después de revisión: 12/10/2014
Publicación: 06/11/2014

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO. EL CASO DE LA STC 186/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE. II. REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO POR TENER ANTECEDENTES PENALES. III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. IV. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA DENEGAR EL AMPARO. CRÍTICA: 1. *Premisas de las que parte. Derechos invocados.* 2. *Sobre la vulneración del derecho del menor español a residir en territorio español.* 3. *Sobre el derecho del menor español a su vida familiar.* V. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN ESTOS PROCESOS DE EXPULSIÓN. VI. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE EXPULSIÓN DEL PROGENITOR.

RESUMEN

La expulsión administrativa del ciudadano extranjero delincuente con algún hijo español menor de edad no puede acordarse automáticamente, pues ha de valorarse si la expulsión vulnera el derecho fundamental del menor a residir en España o se daña su interés o su vida familiar.

PALABRAS CLAVE: extranjero; hijo menor de edad; vida familiar; libertad de circulación; interés del menor.

ABSTRACT

The administrative expulsion of a criminal foreigner with a minor child cannot be decided automatically. On the contrary it must be studied whether the expulsion infringes the fundamental right of the child to reside in Spain or might damage her interest or family life.

KEY WORDS: foreigner; minor child; family life; freedom of movement; interest of the child.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO. EL CASO DE LA STC 186/2013, DE 4 DE NOVIEMBRE

Son distintas las causas por las que un ciudadano extranjero no comunitario puede ser expulsado de territorio español¹. En síntesis, la expulsión del extranjero puede acordarse por el juez penal como consecuencia de la comisión de algunos delitos, sustituyendo la expulsión a la pena o la medida de seguridad correspondientes (arts. 89 y 108 del Código Penal —CP—), o por el órgano administrativo competente como consecuencia de la comisión de algunas infracciones graves o muy graves en materia de extranjería, sustituyendo la expulsión a la multa correspondiente, o como consecuencia de haber sido condenado penalmente el extranjero por la comisión de determinados delitos dolosos (art. 57, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España —en adelante, LOEx—). En este trabajo profundizaré en el estudio del tercero de los supuestos mencionados (expulsión administrativa del extranjero con antecedentes penales), con ocasión del comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013, de 4 de noviembre.

El artículo 57.2 de la LOEx dispone que «constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubiesen sido cancelados». Esto es, aunque no haya cometido ninguna falta en materia de extranjería (y goce de permiso de residencia válido), puede ordenarse la expulsión de España de un extranjero con antecedentes penales derivados de la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año. Considerada en abstracto, esta medida se entiende justificada tanto por normas internacionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se reconoce una amplia potestad a los Estados para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros de su territorio siempre que se respeten los derechos humanos plasmados en el

¹ Los extranjeros a los que me refiero en este trabajo son los extracomunitarios, pues el *status* de los ciudadanos comunitarios en España se ha equiparado en gran medida al de los españoles [GÓMEZ MONTORO, A. J., «T titularidad de derechos fundamentales», en *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, M. Aragón Reyes (dir.) y C. Aguado Renedo (codir.), Cívitas Thomson Reuters, 2011, págs. 51-52].

Convenio de Roma². Pero la disposición que establece tal medida en Derecho español plantea no pocos interrogantes: la naturaleza jurídica de la expulsión regulada³, sus límites (más allá de los que se deriven de su naturaleza jurídica) y el ámbito de aplicación de la norma (¿la expulsión sólo puede acordarse si el extranjero ha sido condenado a más de un año de prisión o también cabe si ha sido condenado a un año o menos por la comisión de un delito que puede ser penado con más de un año de cárcel?)⁴. En este estudio me centraré en las dos primeras cuestiones, ya que en el caso enjuiciado por la STC 186/2013 se plantea fundamentalmente el problema de determinar cuáles son los límites a que están sometidos los poderes públicos al ordenar la expulsión de un extranjero que tiene algún hijo menor de edad con nacionalidad española. En esencia, como veremos, se trata de aclarar qué derechos o intereses del extranjero y de su hijo, así como de la familia que forman, deben respetarse en el proceso de expulsión para que ésta pueda considerarse válida.

Para entrar en materia conviene dar noticia del supuesto de hecho resuelto por la STC 186/2013. Contra una ciudadana argentina madre de una niña española de tres años, que cumplía pena privativa de libertad por un delito de tráfico de drogas y carecía de permiso de residen-

² El artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, que puede adoptarse en caso de condena del nacional de un tercer país, por el Estado miembro, a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año. Sobre la repetida declaración del TEDH expresada en el texto, vid. PÉREZ GONZÁLEZ, C., «La política comunitaria de inmigración y asilo», en *Tratado de Extranjería*, A. Palomar Olmeda (coord.), Thomson Aranzadi, 2004, pág. 34.

³ La naturaleza jurídica de la expulsión que sustituye a una pena o una medida de seguridad es también conflictiva, así como el acierto de su inclusión en el Código Penal [pueden consultarse LACRUZ LÓPEZ, J. M., «Capítulo 6. El extranjero en el Derecho penal», en AA.VV., *El extranjero en el Derecho español*, Uned-Dykinson, 2012, págs. 424 y ss., o DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, 2007, págs. 606 y ss.]. Vid. la crítica fundada de CANCIO MELIÁ, M., «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Cívitas, 2005, págs. 183 y ss.

⁴ En la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 465/2013, de 10 de junio (JUR 2013, 22180), se defiende la segunda alternativa planteada, lo que unido a su alineamiento con la doctrina menos garantista de los derechos de los extranjeros (el artículo 57.2 no contiene una sanción, sino una medida de extranjería que ha de aplicarse imperativamente con independencia de las circunstancias personales y familiares del afectado) la convierte en ejemplo de la peor solución teórica posible. Este Tribunal Superior de Justicia sigue manteniendo una interpretación literal del artículo 57.2 LOEx en su Sentencia 22/2014, de 20 de enero (ha de estarse a la pena con que se castiga en abstracto el delito cometido y no la pena efectivamente impuesta), pero, como después veremos, ha variado su doctrina sobre la expulsión de los extranjeros con residencia de larga duración.

cia, se tramitó un expediente administrativo tanto por aplicación del artículo 53.a) LOEx como del artículo 57.2 LOEx que concluyó con la orden de expulsión, confirmada en la vía contencioso-administrativa. El primero de los artículos citados tipifica, como infracción grave de un extranjero, encontrarse irregularmente en España; infracción que puede castigarse o con multa o con expulsión [a tenor de los arts. 55.1.b) y 57.1 LOEx]. El expediente sancionador se había incoado el 27 de agosto de 2009 al hallarse la recurrente sin la documentación exigible para residir en España y cumpliendo una pena privativa de libertad superior a un año como autora de una conducta dolosa, acordando la Subdelegación del Gobierno de Cádiz la orden de expulsión el 21 de septiembre de 2009; decisión que, salvo en lo referente a la duración del período de la sanción (se rebajó de diez a cinco años), fue confirmada por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cádiz de 30 de marzo de 2011, a su vez confirmada por la Sentencia de 13 de marzo de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo). La mujer había alegado en el expediente administrativo, solicitando su archivo, que era madre de una niña de tres años nacida en España y de nacionalidad española, al ser hija de padre español (encarcelado igualmente, por lo que la niña reside o con la abuela paterna o con la abuela materna); en reposición había añadido que su relación sentimental con un ciudadano español y la existencia de una hija común española debían valorarse como circunstancias excepcionales que hacían desproporcionada la sanción de expulsión. Estos motivos de oposición fueron reiterados en el recurso contencioso-administrativo, pero tanto el órgano administrativo como el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo los rechazaron razonando que la infracción tipificada en el artículo 57.2 LOEx estaba sancionada únicamente con la expulsión, por lo que no cabía la sanción de multa. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía reiteró que, en el supuesto del artículo 57.2 LOEx, no es aplicable la prohibición de ordenar la expulsión si concurre arraigo familiar, contenida en el artículo 57.5.b) LOEx.

El caso no es excepcional, si estamos a lo dicho en su demanda de amparo por el abogado de la recurrente: «la trascendencia del pronunciamiento es enorme puesto que existen muchos casos similares en las cárceles españolas, donde hay programas especializados en expulsiones». De ahí que resulte especialmente importante analizar la doctrina que el Tribunal Constitucional sienta en este caso sobre los límites constitucionales de las órdenes de expulsión de extranjeros con algún hijo español, cuando el motivo de la expulsión es la existencia de antecedentes

penales. Doctrina muy discutida ya en el propio seno de la Sala 2.^a que dicta la sentencia. Dos magistrados emiten un voto particular que ha sido calificado como demoledor, tanto por la consistencia de sus argumentos como por la descalificación de la Sentencia que del mismo resulta⁵. En dicha Sentencia no se profundiza en la naturaleza jurídica de esta particular expulsión, aunque no es cuestión baladí, debiendo decidir si estamos ante una auténtica sanción derivada de una infracción o, por el contrario, ante una causa de expulsión por razones de orden público.

Para entender mejor la doctrina contenida en la STC 186/2013 comenzaré exponiendo la regulación legal de la expulsión por tener el extranjero determinados antecedentes penales y cómo interpretan y aplican los Tribunales Superiores de Justicia, última instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia, el artículo 57.2 LOEx. Como veremos, la doctrina favorable a considerar automática la orden de expulsión, una vez acreditada la condena por un delito doloso penado con más de un año de cárcel y la no cancelación de los antecedentes penales, conduce a prescindir en el expediente administrativo de otras consideraciones como el interés del hijo español menor de edad sujeto a la representación legal del extranjero.

II. REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO POR TENER ANTECEDENTES PENALES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en varias ocasiones que «incumbe a los Estados contratantes asegurar el orden público, en particular en el ejercicio de su derecho de controlar, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que se derivan de los tratados, la entrada y la residencia de los no nacionales. Por esta razón tienen la facultad de expulsar a los delincuentes», aunque la medida ha de ser necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido cuando vulnera derechos fundamentales de los interesados⁶. Razonamiento que puede servir tanto para justificar la expulsión judicial acordada en un proceso penal, en sustitución de la pena correspondiente, como la expulsión dictada en un expediente administrativo por tener antecedentes penales el extranjero.

⁵ BERCOVITZ, R., «Un voto particular demoledor», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2014.

⁶ Caso *Dalia contra Francia*, STEDH de 19 de febrero de 1988, § 52 (TEDH/1998/5), referente a una expulsión judicial por haber sido condenada la Sra. Dalia a una pena de un año de privación de libertad.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de la expulsión que nos ocupa plantea muchas dudas por su extraña posición en el sistema y por su desarrollo reglamentario, que inducen a confusión⁷. En el apartado 2 del artículo 57, localizado en el Título III, destinado a las infracciones y sanciones en materia de extranjería, se añade por el legislador una causa de expulsión a la comisión de alguna de las infracciones graves o muy graves contempladas en el apartado 1 de dicho artículo, que llevan aparejada como sanción alternativa a la multa la expulsión de territorio español (los extranjeros pueden ser expulsados de territorio nacional español por orden del órgano administrativo competente si cometen alguna de las infracciones graves o muy graves que merecen tal sanción administrativa, y el órgano decisor considera proporcional imponer tal sanción en lugar de una multa pecuniaria)⁸. Y en el artículo 234 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 (en adelante, RDEx), se establece que la tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea, entre otras, la prevista en el artículo 57.2 LOEx⁹. Esta ubicación, y el desarrollo reglamentario del procedimiento para acordar la medida, llevan a pensar que la expulsión del artículo 57.2 LOEx es una sanción administrativa, sujeta por ello a los límites de la potestad sancionadora atribuida al poder público¹⁰.

⁷ Hay autores que prescinden de cualquier tratamiento diferenciado de los dos supuestos de expulsión contemplados por el artículo 57 LOEx (así, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Capítulo 2. El régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España», en AA.VV., *El extranjero en el Derecho español*, Uned-Dykinson, 2012, págs. 117 y ss., en particular págs. 121, 124 o 126).

⁸ La norma del artículo 57.2 LOEx se introdujo por la LO 8/2000, que reformó al poco de aprobarse la LO 4/2000, recuperando la causa de expulsión que preveía el artículo 26.1.a) de la derogada LO 7/1985 (según explica DE LORENZO SEGRELLES, M., «Infracciones en materia de extranjería y régimen sancionador», en *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, pág. 383).

⁹ Los procedimientos específicos para la imposición de sanciones en materia de extranjería son, a tenor del artículo 217 RDEx, el ordinario, regulado en los artículos 123 a 129 RDEx; el preferente, desarrollado en los artículos 234 a 237 RDEx, y el simplificado, previsto para las infracciones leves por los artículos 238 a 240 RDEx.

¹⁰ A juicio de DORADO NOGUERAS, F. M., «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, M. Mosa Escudero (coord.), Ed. Comares, 2001, pág. 873, no debería existir duda sobre la naturaleza sancionadora de la expulsión (sin distinguir supuestos), dada la literalidad del artículo 57 y su ubicación sistemática. Sobre la naturaleza sancionadora de la expulsión administrativa *ex* artículo 57.1 LOEx, vid. VELASCO CABALLERO, «Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras “salidas obligatorias”», separata de Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, págs. 334 y ss.

Sin embargo, la condena penal del extranjero por la comisión de un delito doloso no se regula en realidad como una infracción administrativa: no se recoge en el listado de infracciones en materia de extranjería establecido por los artículos 52, 53 y 54 LOEx, en consecuencia no lleva aparejada como sanción la multa prevista en el artículo 55 LOEx, y por ende no está sujeta a la prescripción establecida por el artículo 56 LOEx ni la acción para acordar la expulsión ni la expulsión efectivamente acordada¹¹. De esta regulación cabe concluir, en consecuencia, que la expulsión que tiene como causa la existencia de antecedentes penales no tiene naturaleza punitiva o sancionadora en sentido propio¹². El legislador, a pesar de la defectuosa técnica legislativa para prever esta medida de expulsión, no ha tipificado como infracción haber sido condenado penalmente el extranjero, y no la ha calificado como leve, grave o muy grave (lo exige el artículo 129 Ley 30/1992, donde se regula el principio de tipicidad de la potestad sancionadora), para así saber el plazo de prescripción de la infracción (en función de su gravedad, las infracciones en materia de extranjería prescriben, respectivamente, a los tres meses, a los dos o a los tres años, según el artículo 225 RDEx, que desarrolla el artículo 56.1 LOEx). Tampoco ha previsto como sanciones alternativas esta expulsión y la multa (compárense los preceptos contenidos en los números 1 y 2 del artículo 57 LOEx). El Tribunal Constitucional ha respaldado esta naturaleza no sancionadora de la expulsión del extranjero con antecedentes penales, distinta de la que puede imponer el juez penal en sustitución de la pena o medida de seguridad tipificada o de la que puede acordar la Administración por la comisión de infracciones administrativas en materia de extranjería. Tal medida se ha considerado legítima en el marco de una política de extranjería que permite al Estado establecer los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, siendo «lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad»¹³.

¹¹ En contra de su naturaleza sancionadora se esgrime el argumento de que no hay infracción que venga a sancionarse con la expulsión [por ejemplo, lo señala la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2014 (JUR 2014, 98184)].

¹² PALOMAR OLMEDA, A., «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», en *Tratado de Extranjería*, A. Palomar Olmeda (coord.), Thomson Aranzadi, 2004, págs. 434-435, se refiere al automatismo de la decisión administrativa, no sancionadora.

¹³ STC 236/2007, de 7 de noviembre. Vid. también ATC 54/2010, de 19 de mayo. De cualquier modo, no se vulneraría en ningún caso el principio *non bis in idem* pues,

A pesar de ser conforme con la Constitución y el Convenio de Derechos Humanos la expulsión de extranjeros con antecedentes penales como medida no punitiva, siempre que la medida sea necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido cuando vulnera derechos fundamentales de los interesados, la disonancia de la regulación legal española de la expulsión del extranjero por tener antecedentes penales, que no se coherencia con la naturaleza jurídica de la medida, plantea al intérprete dos cuestiones importantes: qué preceptos completan lo establecido por el artículo 57.2 LOEx y qué límites constitucionales constriñen a los órganos encargados de acordar la expulsión.

En relación con la primera cuestión, ha sido tesis dominante hasta hace poco que no eran aplicables otras disposiciones contenidas en el artículo 57 LOEx al no encajar la norma contenida en el número 2 en el sistema de infracciones y sanciones en materia de extranjería diseñado por el legislador, por tener una naturaleza distinta a la expulsión regulada en el artículo 57.1 LOEx. Es frecuente encontrar en resoluciones judiciales sobre esta expulsión que tiene carácter automático y, por tanto, no cabe tomar en consideración circunstancias personales o familiares del extranjero sujeto pasivo del expediente administrativo. En particular, no se considera aplicable lo dispuesto por el artículo 57.5 LOEx, que impide expulsar de territorio español a los extranjeros que se encuentren en alguna de las situaciones previstas, o por lo menos limita la posibilidad de expulsión [así, los extranjeros residentes de larga duración no pueden ser expulsados salvo que cometan determinadas infracciones muy graves, debiendo valorarse las condiciones expresadas en la letra b) de dicho artículo 57.5]¹⁴. Se tiende ahora, por el

como se razonó en la STC 236/2007, la pena y la expulsión son diferentes respuestas dadas por el ordenamiento jurídico para proteger diferentes bienes jurídicos, con un fundamento distinto: la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional se acuerda en el marco de la política de extranjería, tratándose de dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (vid. también ATC 331/1997, de 3 de octubre, FFJJ. 4 y 6, y SSTC 234/1991, FJ 2, y 242/1994, FJ 4). Que no se vulnera el principio *non bis in idem* se ha explicado en términos muy didácticos por alguna sentencia: «una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad, y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden intereses públicos netamente diferentes».

¹⁴ En la doctrina, PALOMAR OLMEDA, A., «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», cit., pág. 439, interpretó que los supuestos de inaplicación de la expulsión por circunstancias subjetivas sólo son aplicables a los casos de expulsión-sanción.

contrario, a valorar tales circunstancias personales y familiares en los expedientes de expulsión por tener el extranjero antecedentes penales, como veremos en el epígrafe siguiente al analizar la práctica judicial sobre la materia, lo que supone, en definitiva, no aislar la norma del artículo 57.2 LOEx del resto del sistema pergeñado en dicho artículo. Me parece correcta esta interpretación sistemática, que supera la rigidez de una interpretación literal aferrada a la naturaleza jurídica de la expulsión estudiada, porque la finalidad de los distintos preceptos contenidos en los números 3 y siguientes del artículo 57 LOEx, así como en el artículo 58 LOEx, es completar el régimen de la expulsión como realidad jurídica (ya se trate de una sanción en sentido estricto o de una medida distinta). Dando un paso más, aun no encontrándonos en uno de los supuestos regulados por el artículo 57.5 LOEx, deberá tenerse en cuenta que una aplicación automática de una regla de extranjería que conlleva la salida del país de un extranjero, sin que la autoridad competente realice un examen individual de cada caso atendiendo a las circunstancias particulares del interesado, se ha declarado contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 10 de marzo de 2011, caso *Kiyutin contra Rusia*)¹⁵, y se ha declarado no conforme con la Constitución por la STC 186/2013, en los términos que veremos.

Al respecto de la interpretación sistemática del artículo 57.2 LOEx, no es objeto de debate que toda expulsión debe llevar aparejada, como efecto esencial, la prohibición de entrada en territorio español por un determinado plazo de tiempo, debiendo fijarse la concreta duración del mismo en atención a las circunstancias de cada caso (art. 58 LOEx). Y no puede ofrecer dudas, dada la razón humanitaria que preside la norma (al igual que ocurre con el límite de riesgo real de tortura en el país de origen), que tiene plena vigencia en cualquier caso de expulsión lo dispuesto por el artículo 57.6 LOEx (la expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la mujer). E igualmente toda expulsión llevará aparejado el efecto establecido por el artículo 57.4 LOEx (la expulsión conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier

¹⁵ TOL 2.644.342. La Sentencia sigue afirmando que el artículo 8 no reconoce el derecho del extranjero a instalarse en el país deseado, pero vulnera el principio de no discriminación (art. 14 del Convenio) que se deniegue el permiso de residencia en Rusia a un ciudadano uzbeko, casado con una ciudadana rusa y padre de un niño ruso, por aplicar la norma nacional que prevé la expulsión automática, o denegación automática del permiso de residencia, del extranjero seropositivo (§§ 72, 73 y 74).

procedimiento para obtener una autorización de residencia o de trabajo). Lo mismo cabe decir sobre la aplicación, a cualquier supuesto de expulsión, de los preceptos contenidos en los números 8 a 11 del artículo 57 LOEx.

Es cierto que en los números 4 y 6 a 11 del artículo 57 LOEx no se refiere el legislador a la *sanción* de expulsión, como sí lo hace en el número 5, pero la interpretación literal en este caso no puede hacernos olvidar la interpretación sistemática y finalista de la ley (art. 3.1 del Código Civil —CC—). Si el legislador ha decidido incluir en un sistema normativo sancionador una medida estrictamente no sancionadora, cabe entender que el espíritu que preside la ley es someter, en todo lo que sea posible, dicha medida a las disposiciones del sistema elegido. Si la finalidad del artículo 57.5 LOEx es atender a la especial vinculación del extranjero con España como razón que justificaría no expulsarle aunque cometa alguna infracción en materia de extranjería que no afecte a la seguridad exterior del Estado o gravemente al orden público, me parece que esa especial vinculación del extranjero con España debería tomarse en consideración para decidir sobre su expulsión por tener antecedentes penales (porque la finalidad de la ley es favorable a no obligar a abandonar el territorio español a los extranjeros nacidos y que hayan residido legalmente en España los últimos cinco años, a los residentes de larga duración o a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurrida en España, entre otros). Y si seguimos analizando el artículo 57 LOEx, me parece que no hay razón tampoco para no aplicar lo dispuesto en el número 7 a cualquier supuesto de expulsión administrativa (tenga o no naturaleza sancionadora), pues se trata de conseguir la autorización judicial cuando el expedientado se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión (en definitiva, si al inculcado penalmente se le expulsa por decisión administrativa no tendrá plena efectividad la acción penal por el delito que se le imputa)¹⁶.

¿Es aplicable el artículo 57.3 LOEx cuando se acuerda la expulsión del extranjero por tener antecedentes penales, habiendo sido objeto

¹⁶ A pesar de otorgar una finalidad enervadora de la acción penal a la expulsión prevista por el artículo 57.7 LOEx, PALOMAR OLMEDA, A., «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», cit., págs. 435-436, apunta entre los presupuestos de la figura que exista un expediente administrativo «se supone que de carácter sancionador».

igualmente de un expediente administrativo por la comisión de una infracción en materia de extranjería que puede concluir con la imposición de una multa (arts. 55 y 57.1 LOEx)?¹⁷. El supuesto en que puede generarse la duda no es excepcional (el ejemplo lo tenemos en el caso de la STC 186/2013, aquí analizado, en que la ciudadana argentina recurrente en amparo se encontraba en prisión por haber traficado con drogas y además no tenía permiso de residencia en vigor, lo que provocó que se instruyese un expediente administrativo por ambos motivos). En puridad, si la expulsión acordada no es una sanción, sino una medida de política migratoria tendente a que no residan en nuestro país los extranjeros con antecedentes penales, puede imponerse a la vez que una sanción de multa, que tiene por objeto castigar al extranjero que haya cometido una infracción en materia de extranjería. No se conculcaría el principio *non bis in idem*, que es la finalidad perseguida por el artículo 57.3 LOEx. No obstante, el principio de proporcionalidad que debe presidir la elección de la sanción más conveniente por la comisión de infracciones en materia de extranjería, de acuerdo con el artículo 57.1 LOEx, debería conducir, en principio, a no imponer una multa al extranjero que es expulsado de España por haber quedado acreditado en el expediente administrativo instruido que tiene antecedentes penales.

Plantea igualmente no pocas dudas esclarecer las normas procedimentales de referencia en los expedientes administrativos de expulsión de extranjero por tener antecedentes penales. En la actualidad ha de tramitarse un procedimiento preferente, sumario, que es el mismo al que debe someterse la Administración para sancionar a los extranjeros a quienes se impute la comisión de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1 LOEx, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 LOEx (por ejemplo, inducir con ánimo de lucro la inmigración clandestina, participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o estar implicado en actividades contra el orden público tipificadas como graves o muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana). Este procedimiento se caracteriza, frente al ordinario, por la brevedad de los plazos y la ejecutividad inmediata de la resolución de expulsión. El interesado cuenta con cuarenta y ocho horas para formular alegaciones tras la iniciación del expediente y tras la propuesta de resolución del instructor (según el art. 235.1 y 4.IV RDEx), previéndose que valdrá como propuesta de resolución el acuerdo de iniciación del expediente

¹⁷ A tenor del precepto citado, en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

si no se formulan alegaciones, no se proponen pruebas o no se admiten las solicitadas (art. 235.1 y 3 RDEx); la práctica de la prueba propuesta, de estimarse pertinente, se realizará en el plazo máximo de tres días (art. 235.4.III RDEx). En cuanto a la ejecución de la orden de expulsión recaída en un procedimiento preferente, se efectuará de forma inmediata una vez notificada al interesado (art. 236.2 RDEx). Lo expuesto hasta aquí es seguro que rige para el expediente administrativo de expulsión de extranjeros por tener antecedentes penales, pero no es seguro que sean de aplicación otras disposiciones generales sobre los procesos administrativos sancionadores en materia de extranjería. Parece claro que nada obsta a que el procedimiento caduque de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 225.1 RDEx, pero las reglas sobre prescripción de la acción para sancionar las infracciones en materia de extranjería y de la sanción impuesta (art. 225.2 y 3 RDEx, que desarrolla el art. 56 LOEx) son improcedentes dada la ausencia de infracción sancionada por el legislador. ¿Cabe aplicar el artículo 216.4 RDEx, según el cual en todo aquello no previsto en este Reglamento será de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora?

Que la expulsión se regule como sanción sin querer el legislador que lo sea, y sin que deba serlo a juicio del Tribunal Constitucional, nos lleva a un dilema que conecta con la cuestión de los límites constitucionales de la expulsión del extranjero con antecedentes penales, que deben respetar tanto la Administración como los órganos judiciales que resuelvan los recursos presentados contra órdenes de expulsión basadas en el artículo 57.2 LOEx. ¿Cuándo se puede entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del extranjero? Dicho con otras palabras, ¿dispone el interesado en estos expedientes de expulsión de las garantías que todo imputado en un proceso penal o administrativo sancionador tiene reconocidas por el artículo 24 CE? Recuérdese que es doctrina constitucional consolidada que las garantías procesales establecidas en los artículos 24.2 y 25 CE son aplicables también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos estamos ante manifestaciones de la potestad punitiva del Estado¹⁸. Y que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por

¹⁸ Vid., por ejemplo, la STC 120/1994, de 25 de abril (FJ 2), relativa a una orden administrativa de clausura de una taberna por ser un foco de distribución de droga al menudeo con incidencia en la paz ciudadana, dictada por el gobernador civil de Sevilla tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador.

el artículo 24.1 CE, que veda la indefensión en los procesos judiciales, lo tienen los administrados frente a la Administración, y no sólo frente a los órganos judiciales, cuando aquélla ejerce su potestad sancionadora¹⁹. Igualmente se ha declarado que sólo a los actos de carácter sancionador les resultan de aplicación las garantías constitucionales previstas para este tipo de actuaciones (STC 291/2000, de 30 de noviembre, entre otras).

La respuesta que, a bote pronto, se nos ocurre a la pregunta planteada es que el extranjero interesado no goza de las garantías específicas de los procesos punitivos, dado que sólo por decisión legislativa se tramita un procedimiento sancionador. Pero que el propio legislador decida encauzar estas órdenes de expulsión a través de un procedimiento sancionador podría servir de fundamento para extremar en la medida de lo posible las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva en estos expedientes, para poder invocar en amparo su violación, incluso por los órganos administrativos, ante el Tribunal Constitucional (fundamentalmente por falta de contradicción o de motivación suficiente). En apoyo de este reforzamiento de las garantías del administrado en los expedientes de expulsión con base en el artículo 57.2 LOEx podría argüirse que la prohibición de entrada en el territorio español por un tiempo determinado, en todo caso efecto de la expulsión, sí tiene naturaleza sancionadora (no parece lo mismo impedir la entrada en un determinado momento a un extranjero, que es claramente política de extranjería, que prohibir la entrada del extranjero expulsado entre tres y diez años)²⁰. Advierte las semejanzas entre los expedientes sancionadores y otros de extranjería que, sin serlo estrictamente, conllevan restricciones la STC 46/2014, de 7 de abril (FJ 4)²¹.

¹⁹ Vid., por ejemplo, la STC 291/2000, de 30 de noviembre (FJ 4), que resuelve el recurso de amparo interpuesto por el contribuyente al que se notificó por edictos una resolución administrativa que le imponía un recargo del cien por cien del impuesto dejado de pagar. De las más recientes que explican esta doctrina es la STC 46/2014, de 7 de mayo, a la que después me referiré.

²⁰ De hecho, sin pudor encontramos en los fallos de resoluciones judiciales la calificación de la prohibición de entrada como *sanción accesoria* a la expulsión [vid., por ejemplo, STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 279/2012, de 25 de mayo (JUR 2012, 240336)].

²¹ Se trataba de valorar la relevancia constitucional de una denegación de renovación del permiso de residencia y trabajo de un extranjero por tener antecedentes penales (constaba en el expediente la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico, que se sancionó con multa pecuniaria y privación del permiso de conducir durante ocho meses, lo que impedía la autorización de la renovación solicitada de acuerdo con el artículo 31.4 LOEx). El recurrente tenía dos hijos menores de edad, uno de ellos español.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Coinciden los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en considerar que la expulsión regulada por el artículo 57.2 LOEx no es una sanción por haber cometido el extranjero una infracción (a diferencia de la expulsión alternativa a la multa prevista por el artículo 57.1 LOEx). La expulsión administrativa de extranjeros con antecedentes penales se conceptúa, pues, como una medida de política migratoria, que el legislador legítimamente puede establecer (la política de extranjería incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España). Parece claro que esta medida no es alternativa a la multa, ni la multa alternativa a la expulsión²². De ahí que el arraigo del extranjero (es decir, sus vínculos familiares, laborales o sociales con España), y en particular tener algún hijo español, no puedan tomarse en consideración del mismo modo que en el supuesto del artículo 57.1 LOEx²³ (resumidamente, como circunstancias a tener en cuenta para acordar una multa y no la expulsión por no resultar proporcionada dicha sanción)²⁴, aunque sí pueda valorarse para conceder la suspensión cautelar de la medida²⁵.

²² Me parece, en este punto, defendible la interpretación que hace la jurisprudencia contencioso-administrativa del artículo 57.2 LOEx. No es correcta, por el contrario, la deducción que se extrae, y que es el carácter imperativo del precepto (sin que pueda atenderse a posibles límites) por ser la única consecuencia legal posible prevista. Sobre esta interpretación del artículo 57.2 LOEx, vid., por ejemplo, STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 430/2013, de 13 de junio (JUR 2013, 247780), o STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, 22/2014, de 20 de enero (Cendoj 30030330022014100001).

²³ También se tiene en cuenta el arraigo en el orden penal, para evitar la sustitución de la pena por expulsión (STS, Sala 2.ª, 791/2010, de 28 de septiembre).

²⁴ La STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 208/2013, de 8 de marzo (JUR 2013, 134971), desestima el recurso interpuesto por quien alega que tiene arraigo y un hijo nacido en España razonando simplemente que «en este caso la expulsión no se impone como alternativa a la multa, sino como la única opción ante el supuesto de hecho que contempla la norma aplicable», esto es, el artículo 57.2 LOEx. Es verdad que esto significa que no cabe sustituir la expulsión por multa, ni cabe entrar a valorar la proporcionalidad de la medida con los parámetros del artículo 57.1 LOEx [alegaciones desacertadas que encontramos en recursos como el resuelto por la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 207/2013, de 8 de marzo (JUR 2013, 135680)], pero ¿cuándo está justificada la expulsión?

²⁵ Lo hacen las SSTSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 222/2013, de 15 de marzo, y 67/2012, de 3 de febrero (JUR 2013, 139566, y JUR 2012, 66872), a pesar de ser esta Sección exponente de la doctrina que menos límites entiende

Hasta fechas recientes, esta interpretación del artículo 57.2 LOEx ha llevado a sostener por buena parte de los Tribunales Superiores de Justicia, avalando la pretensión de la Administración, que la expulsión debe ordenarse automáticamente si se prueba el supuesto de hecho de la norma, esto es, la condena penal y la no cancelación de los antecedentes penales del extranjero, sin atender a otras consideraciones (fundamentalmente la necesidad y proporcionalidad de la medida), pues se razona que si no se ordenase la expulsión y al no haber multa quedaría sin sanción ninguna la conducta regulada por el artículo 57.2 LOEx²⁶. Con base en esta predicada *imperatividad* de la norma y en la literalidad de las reglas que regulan la expulsión como sanción [fundamentalmente el artículo 57.5.b) LOEx, referente a los extranjeros con residencia de larga duración], muchos Tribunales Superiores de Justicia entienden que el arraigo del extranjero en España no puede impedir en ningún caso la orden administrativa de expulsión por haber sido condenado penalmente. En consecuencia, para esta corriente judicial resulta irrelevante, a efectos de evitar su expulsión, que el extranjero con antecedentes penales tuviera vínculos familiares en España. Cuál pueda ser el interés del hijo menor en estos casos ni siquiera se plantea. Ejemplo de esta doctrina es la STSJ Andalucía contra la que se presenta el recurso de amparo resuelto por la STC 186/2013. También ilustrativa es la STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 279/2012, de 25 de mayo, que confirmó la decisión de expulsar a un ciudadano colombiano condenado a nueve años de prisión por la comisión de un delito contra la seguridad pública, a pesar de quedar acreditado que tenía dos hijos menores de edad españoles²⁷. O la STSJ Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Admi-

ponibles a la medida de expulsión (como luego se verá). La Sección 2.ª de dicho Tribunal, en Sentencia de 15 de junio de 2012 (JUR 2012, 233697), desestimó, sin embargo, el recurso interpuesto contra la denegación de la suspensión cautelar de la expulsión por no ser motivo para ello que el actor tuviera mujer e hijos en España.

²⁶ Lo afirma, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2014 (JUR 2014, 98194), aunque en el caso enjuiciado no consta, sin embargo, que se dejaran de valorar circunstancias personales del extranjero condenado a tres años de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública, y expresamente se afirma que no acreditó disponer de permiso de larga duración [más abajo veremos que las expulsiones de extranjeros residentes de larga duración están sujetas a un régimen específico diseñado por el art. 57.5.b) LOEx].

²⁷ JUR 2012, 240336. En el farragoso cuerpo de la Sentencia encontramos, entre otros, el argumento de que si no se ordenase la expulsión del extranjero con antecedentes penales resultaría contrariado el espíritu de la ley porque sí podría ser expulsado el extranjero que hubiera cometido infracciones muy graves contra el orden público, por la remisión del artículo 57.2 al artículo 54.1.a) LOEx (FD 3.º). Realmente, el argumento no se sostiene, precisamente porque la expulsión del artículo 57.2 no es una sanción, y el ex-

nistrativo, Sección 1.^a, de 30 de noviembre de 2012, que confirmó la decisión de expulsión de un ciudadano marroquí condenado a dos años de prisión por la comisión de un delito de violencia doméstica y a un año por la comisión de un delito de tráfico de drogas, sin entrar a valorar en absoluto la alegación del recurrente de ser padre de una menor de nacionalidad española²⁸.

Pero que la expulsión no tenga naturaleza sancionadora, y la multa en consecuencia no quepa como alternativa, no significa, realmente, que la expulsión pueda acordarse sin cortapisas por el mero hecho de quedar acreditada en el expediente administrativo la condena penal del expedientado, sin atender a los límites legales o constitucionales que pudieran ser de aplicación. Es imperativo acordar una medida de expulsión si ésta es conforme a Derecho y, en consecuencia, está justificada; si no es conforme a Derecho, tal medida no puede acordarse y el extranjero podrá seguir residiendo en España: si la expulsión en estos casos no es una sanción, es un contrasentido afirmar que debe acordarse en todo caso (por ejemplo, también cuando se trata de un extranjero con residencia de larga duración) porque, al no poderse multar al extranjero, quedará sin aplicación el precepto imperativo²⁹. Se

tranjero con antecedentes penales ya habrá cumplido su condena penal. Vid. también la STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 4769), que confirmó la orden administrativa de expulsión de un ciudadano guineano con cuatro hijos españoles (los padres y la esposa del extranjero también tenían nacionalidad española), por haber sido condenado a nueve años de prisión por un delito de tráfico de drogas. Exponentes de esta doctrina son también sendas Sentencias del mismo Tribunal y Sección de 15 de enero de 2010 (JUR 2010, 43056 y 50010), sobre la expulsión de dos ciudadanos marroquíes condenados, respectivamente, a tres años y a tres años y seis meses de prisión por un delito contra la salud pública; la Sentencia del mismo Tribunal de 19 de octubre de 2007 (JUR 2007, 324979), sobre la expulsión de un ciudadano colombiano con dos condenas de ocho y seis meses (una de ellas por violencia en el ámbito familiar); la Sentencia de 17 de octubre de 2005 de este Tribunal en Valladolid (JUR 2006, 2167), siendo la recurrente una ciudadana condenada a cuatro años y seis meses de cárcel por haber introducido en España cocaína en su cuerpo, o la Sentencia de la Sección 3.^a de dicho Tribunal, en su sede de Valladolid, de 23 de noviembre 2009 (JUR 2010, 26328), referente a la expulsión de un extranjero por la condena a cuatro años de prisión por la comisión de un delito de robo con violencia. Vid., con cita de otras anteriores tanto de la Sección 1.^a como de la 2.^a, la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 22/2014, de 20 de enero (Cendoj 30030330022014100001), sobre la expulsión de un ciudadano ecuatoriano castigado a un año de cárcel por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas (FD 1.^o).

²⁸ JUR 2013, 1821.

²⁹ Esta manera de razonar para defender la aplicación en todo caso del artículo 57.2 LOEx (sin ningún otro límite, como el que establece el art. 57.5 LOEx) se recoge, por ejemplo, en la STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, 430/2013, de 13 de junio (JUR 2013, 247780): «de excluirse por vía de aplicación del art. 57.5 de la L.O. 4/2000 la aplicación de la expulsión, no sólo excluiríamos la expulsión

parte, además, de la suposición de que se trata de una medida ilimitada, suposición que carece de toda argumentación³⁰. La medida de expulsión acordada por el poder público ha de ser necesaria para satisfacer el interés general perseguido y proporcionada en atención a los intereses en juego, esto es, debe ser razonable que se limiten derechos de los particulares afectados para conseguir el fin de la norma (la comparación no cabe hacerla entre expulsión y multa, pero sí entre la defensa del orden público perseguido con la expulsión y los derechos de los particulares afectados). ¿Cuál es el fin de esta expulsión de extranjeros con antecedentes penales, en definitiva? No debemos olvidar que se trata de personas que ya han saldado su deuda con la sociedad, pues han cumplido su condena penal, pero parece evidente que resultan indeseadas y por ello se permite su expulsión. ¿Son indeseables por el mero hecho de tener antecedentes penales? ¿O cabría entender que la persecución concreta del orden público y la seguridad nacional late tras una disposición como la del artículo 57.2 LOEx? Creo que esta segunda interpretación es la que debería mantenerse, porque permite limitar a la Administración como policía migratoria al tener que calibrar en cada caso concreto la necesidad y proporcionalidad de la medida de expulsión³¹: los extranjeros con antecedentes penales es más necesario expulsarlos si cabe entender que suponen un peligro para el orden público por la gravedad de los antecedentes penales (por ejemplo, si la condena es por un delito de agresión sexual o violento o bien hay reincidencia) y no han conseguido reinsertarse en la sociedad española;

sino que tampoco cabría aplicar la sanción de multa, y por el ello el supuesto contemplado en el art. 57.2 citado, se quedaría sin la respuesta o consecuencia ordenada imperativamente en dicho precepto». Más insostenible todavía es el argumento de que no cabe aplicar el artículo 57.5 LOEx en caso de expulsión del 57.2 LOEx a los extranjeros con residencia de larga duración porque esa residencia se pierde al acordarse la expulsión por imperativo del artículo 57.4 LOEx: es obvio que la pérdida de cualquier permiso de residencia es efecto de la expulsión, pero se mantiene la residencia autorizada (a los efectos oportunos) mientras no se acuerde la expulsión.

³⁰ Para un estudio de los límites a las órdenes de expulsión desde una perspectiva de Derecho internacional privado, vid. PÉREZ GONZÁLEZ, C., «Límites a la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima impuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, L. Hierro (coord.), Marcial Pons, 2014, págs. 193 y ss.

³¹ Aun con un razonamiento ambiguo, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 18 de octubre de 2005 (JUR 2006, 67425) apunta que para acordar la expulsión han de valorarse los perjuicios que el apartamiento de la familia le ocasionaría al individuo, debiendo ponerse en relación la situación familiar, personal y profesional del actor con la conducta que ha observado en territorio español desde la perspectiva de la defensa de los intereses generales por los que la Administración debe velar.

pero cuando sea menos necesario expulsarlos (por ejemplo, cuando la pena impuesta es la mínima y el hecho delictivo es aislado y no genera alarma o repulsa social) deberán pesar más en la balanza los derechos de los particulares que puedan verse afectados (como serían los del hijo menor de edad de nacionalidad española, como después veremos)³².

En concreto, el respeto a los derechos fundamentales de los interesados y a la vida familiar son claros límites a la expulsión del extranjero, cuando la causa de la misma es la contenida en el artículo 57.2 LOEx. La STC 186/2013, de 4 de noviembre, así lo ha afirmado, como veremos, aunque en el caso no conceda el amparo por las circunstancias concurrentes. Es destacable que, aun negando que el respeto a la vida familiar se configure como derecho fundamental en nuestra Constitución (pues no se recoge por el artículo 18), declare que debe tenerse en cuenta por los órganos que apliquen el artículo 57.2 LOEx, concretamente «verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin perseguido por la norma», que es el de «asegurar el orden público y la seguridad ciudadana» (FJ 7). Con

³² Esta justificación, por ejemplo en atención a la reincidencia del expedientado y la naturaleza de los delitos cometidos, se da por la Administración en algunos casos, como el enjuiciado por la STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 28 de febrero de 2013 (JUR 2013, 121636), aun presuponiendo que la expulsión es automática. También son atendibles las razones que justifican la expulsión según la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 25 de enero de 2013 (JUR 2013, 165134): la gravedad de los hechos y las penas impuestas (diez años y seis meses de prisión por un delito de lesiones y dos años por un delito contra la salud pública), aparte de otros antecedentes policiales. Merece la pena igualmente transcribir el siguiente razonamiento de la STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 368348), porque es uno de los casos en que parece claro que la expulsión está justificada: «resulta evidente que la limitación de derechos subjetivos e intereses legítimos que implica la expulsión con prohibición de entrada en el presente caso se encuentra justificada y amparada legalmente (...) cuando la expulsión se ha acordado también y sobre todo porque el apelante ha sido condenado penalmente por un delito de agresión sexual a una pena tan grave como ocho años de prisión, condena que lo es por un delito grave genera una gran repulsa social, y que además provoca importante alarma en la sociedad (...) con su grave conducta no sólo se ha hecho acreedor de una grave pena sino también de la necesidad de su expulsión al haber demostrado su nulo respeto por las normas de convivencia y seguridad que nos hemos dado los españoles» (FD 8.º). Por último, resulta igualmente justificada la expulsión, como razonó la STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2005 (JUR 2006, 16402), si bien en referencia al tiempo de prohibición de entrada en territorio español impuesto, del extranjero condenado a tres años de cárcel como autor de delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, al transportar en una embarcación de pequeñas dimensiones a once personas de nacionalidad nigeriana y marroquí desde la playa de El Aaiun hasta las costas de Lanzarote con ánimo de enriquecimiento ilícito.

ello quita la razón a quienes defienden que la medida de expulsión prevista por el artículo 57.2 LOEx es automática (en el voto particular se apunta que una interpretación del artículo 57.2 LOEx como la propugnada por los órganos administrativos es anticonstitucional). Que el derecho a la vida familiar derive del artículo 10.1 y del artículo 39, apartados 1 y 4, de la Constitución significa que sólo invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse desconocido este derecho que debe inspirar la aplicación de las normas jurídicas, podría entrarse a conocer en amparo por el Tribunal Constitucional.

Merece el aplauso, por ser conforme con esta doctrina constitucional, la más reciente interpretación judicial sobre las reglas relativas a la expulsión administrativa del extranjero por haber sido condenado penalmente, interpretación que niega el carácter automático de la medida, exigiéndose la existencia de un peligro actual deducible de la condena penal (que no bastaría por sí sola para fundar la expulsión) y la valoración de otras circunstancias personales y familiares (entre otras, SSTSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre y 15 de octubre de 2012; STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2013, o STSJ Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 25 de enero de 2013)³³. Es reseñable el cambio operado en la doctrina judicial cuando se acredita por el extranjero una residencia de larga duración (se trata, a tenor del artículo 32.1 LOEx, de extranjeros a los que se les ha autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles)³⁴, pues entonces su expulsión está legalmente más constreñida que la del resto de los extranjeros a tenor del artículo 57.5.b) LOEx³⁵. Una gran parte de los Tribunales Superiores de Justi-

³³ JUR 2013, 165134, y JUR 2013, 121636. En la doctrina de autores, se muestra a favor de esta nueva interpretación SELMA PEÑALVA, A., «La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del artículo 57.2 de la ley orgánica 4/2000 de extranjería», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 34/2013 (BIB 2014, 533).

³⁴ La residencia de larga duración de los extranjeros extracomunitarios se regula en los artículos 147 a 150 RDEx.

³⁵ Legalmente, los residentes de larga duración no pueden ser expulsados salvo que cometan alguna de las infracciones muy graves recogidas en el artículo 54.1.a) LOEx (participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero), y antes de imponer la sanción de expulsión al extranjero infractor deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país

cia, cambiando su doctrina anterior, han declarado en varias de sus resoluciones que esta norma relativa a los extranjeros residentes de larga duración es aplicable a la expulsión prevista por el artículo 57.2 LOEx (no sólo a la expulsión-sanción tipificada en el artículo 57.1 LOEx), pues no puede serles impuesta de forma automática, sin una previa ponderación de circunstancias basada en las previsiones del artículo 57.5.b) LOEx. Ya que «los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión», como se indica en el considerando 16 de la Directiva 2003/109/CE³⁶. La Sección 2.^a del TSJ Murcia ha variado su doctrina en la Sentencia 22/2014, de 20 de enero (FD 3.^o): únicamente se podrá ordenar la expulsión de un extranjero con residencia de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad jurídica (por tanto, no basta con que haya sido condenado por la comisión de un delito castigado con más de un año de cárcel), debiendo tenerse en cuenta, antes de acordar la expulsión, entre otras circunstancias, las consecuencias que para él y los miembros de su familia tendría la expulsión. Como en todo conflicto de intereses, se trata de ponderar cuál de ellos merece en el caso mayor protección, pudiendo llegarse a la conclusión de que la preservación del orden público o la seguridad nacional debe primar sobre los otros intereses (a esa conclusión se llegó por la STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 5 de noviembre de 2012, en un caso en el que el delito cometido fue de abusos sexuales)³⁷. Siguen la nueva doctrina la STSJ Aragón, Sala de lo

al que va a ser expulsado (el precepto procede de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que, entre otros objetivos, busca transponer la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración).

³⁶ Siguen entendiendo que lo dispuesto por el artículo 57.5.b) LOEx no es aplicable a la expulsión acordada por encontrarse el extranjero en la situación regulada en el artículo 57.2 LOEx (ya que no se trata de una sanción por haber cometido una infracción administrativa) las SSTSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, 482/2013, de 14 de junio, y 513 y 514/2013, de 21 de junio (JUR 2013, 246971, 248216 y 244477). En el caso de la tercera Sentencia citada el ciudadano marroquí afectado estaba casado con una española y tenía un hijo español, pero estas circunstancias familiares sólo se toman en consideración para reducir de diez a dos años el período de prohibición de entrada en España tras la expulsión. En el mismo sentido, STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, 207/2013, de 12 marzo (JUR 2013, 139004), que igualmente toma en consideración el arraigo del extranjero para reducir el tiempo de prohibición de entrada en territorio español.

³⁷ JUR 2012, 407518. Vid. también la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 246/2013, de 3 de septiembre (JUR 2013, 352687), que afecta a un ciudadano marroquí, residente de larga duración, condenado en cuatro ocasiones por delitos de

Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, 149/2014, de 26 de marzo, que cita su Sentencia del Pleno de 30 de abril de 2012³⁸; la STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de octubre de 2013, que estima parcialmente el recurso interpuesto por el abogado del Estado y, tras anular la resolución de expulsión, ordena la retroacción de las actuaciones a fin de que la Administración valore los presupuestos del artículo 57.5.b) LOEx en relación con las circunstancias concretas de la extranjera interesada (condenada a un año y un mes de cárcel por la comisión de un delito contra la salud pública)³⁹; la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 8 de octubre de 2013, que estima el recurso presentado por un ciudadano marroquí contra la confirmación de la orden de expulsión por haber sido condenado a dos años y seis meses de prisión por un delito continuado de robo con fuerza con la agravante de reincidencia⁴⁰.

robo con violencia o intimidación o con fuerza en las cosas y tráfico de drogas. Aunque la resolución administrativa adolece de falta de motivación, el Juzgado [que sigue la doctrina más reciente de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la aplicación del artículo 57.5.b) LOEx al acto de expulsión del artículo 57.2 LOEx] desestima el recurso contra ella «por ser la expulsión del recurrente necesaria para garantizar la seguridad y paz ciudadana y al ser evidente que el recurrente a pesar de su larga estancia en nuestro país no ha sabido adaptarse a formas de convivencia pacíficas y ordenadas».

³⁸ JUR 2014, 108918. En el caso, aunque la Administración no había tomado en consideración las circunstancias personales del extranjero residente de larga duración, no se declara la nulidad de actuaciones dado que a la misma conclusión se llega valorándolas (como sí hizo el Juzgado) y no se ha producido indefensión. El Tribunal, aunque «no se puede acordar la expulsión sin entrar a valorar las circunstancias concurrentes conforme a lo establecido en la Directiva transpuesta no siendo de aplicación automática el artículo 57.2 de la Ley», pone de relieve la gravedad del delito —amenazante para el orden público, se dice— por el que se le ha condenado al expulsado a cuatro años de cárcel (trabajando para una inmobiliaria, estafó 67.600 euros a quienes pensaban que compraban su primera vivienda y le entregaban en concepto de arras o señal sus ahorros). En la STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, 430/2013, de 13 de junio (JUR 2013, 247780), se llega a la misma conclusión («no es automática la expulsión del art. 57.2 de un extranjero con condena penal, han de valorarse las circunstancias de arraigo y perjuicio al interés general tal y como indica la Directiva 2003/109 y el art. 57.5 de la Ley de extranjería»), aunque sorpresivamente pues se dedica casi todo el Fundamento Jurídico 1.^º a exponer los argumentos, que parecen entenderse correctos, favorables a la aplicación automática del artículo 57.2 LOEx también a los extranjeros con residencia de larga duración.

³⁹ JUR 2014, 48242. Se razona que la adecuación de nuestra legislación a la Directiva 2003/109/CE (a sus arts. 9 y 12) requiere considerar aplicable el precepto a la expulsión prevista por el artículo 57.2 LOEx y considerar, además, que el residente de larga duración sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

⁴⁰ JUR 2013, 358344. Estima la Sección 2.^a de este Tribunal que la Sentencia del Juzgado incurre en falta de motivación e incongruencia omisiva, y que la resolución de la Subdelegación del Gobierno que decretó la expulsión infringe el artículo 57.2 LOEx,

Siguiendo esta doctrina, que debería imponerse en todos los Tribunales Superiores de Justicia para adecuarse a la doctrina sentada en la STC 186/2013, el interés de los hijos menores de extranjeros susceptibles de ser expulsados debe ser tenido en cuenta en todo caso cuando el extranjero goce de permiso de residencia de larga duración, porque así resulta de la aplicación del artículo 57.5.b) LOEx. Es reseñable la STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 25 de julio de 2013, que afectó a un extranjero que llevaba trece años residiendo legalmente en España, dado de alta como trabajador por cuenta ajena, y padre de dos hijas españolas menores de edad que dependían económicamente de él. También en la STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, 430/2013, de 13 de junio, se estima el recurso interpuesto contra la expulsión acordada porque, atendiendo a las circunstancias personales del recurrente, pudiera darse un perjuicio injustificado al hijo del recurrente⁴¹.

pues no es conforme a Derecho la imposición de tal expulsión al no haberse tenido en cuenta que la Sentencia penal condenatoria «se dictó de conformidad, aceptando y reconociendo el actor los hechos y la responsabilidad penal que se imputa, resultando que dicha pena fue suspendida por plazo de 4 años a condición de cumplir un tratamiento de desintoxicación que parece se está cumpliendo a tenor de la documental aportada, suspensión que de cumplirse finalizará el 10 de noviembre de 2014», así como tampoco las circunstancias sociales, laborales y familiares del actor, «consistentes en llevar residiendo en España más de 10 años, la existencia de todos sus familiares residentes legales en España, el haber trabajado durante más de 7 años (...), el trabajo de voluntario realizado en diversas asociaciones debidamente acreditadas». En esta Sentencia se citan estas otras Sentencias de Salas de lo Contencioso-Administrativo como exponentes de este viraje en la doctrina judicial sobre la expulsión de extranjeros residentes de larga duración (es decir, con arraigo en España): STSJ Extremadura, Sección 1.^a, de 25 de julio de 2013; STSJ Canarias, Las Palmas, Sección 2.^a, de 11 de junio de 2013; STSJ Andalucía, Sevilla, Sección 4.^a, de 26 de abril de 2013; STSJ Cantabria, Sección 1.^a, de 24 de septiembre de 2012; STSJ Castilla y León, Burgos, Sección 1.^a, de 11 de mayo de 2013, y STSJ Aragón, Pleno, de 30 de abril de 2012.

⁴¹ JUR 2013, 247780. Se razona que «si existen en el caso arraigo y circunstancias personales y familiares que merecen una atención específica y son determinantes para excluir la medida de expulsión no obstante los hechos que dieron lugar a que el recurrente fuera condenado por delito contra la salud pública a la pena de tres años y un día de prisión —fue sorprendido en las instalaciones portuarias de Algeciras cuando transportaba en un vehículo de su propiedad un total de 14.720 gramos de hachís, con un valor de 21.402,88 euros, que pretendía vender o donar a terceras personas—. En efecto, como resulta de lo actuado, el recurrente, de nacionalidad marroquí, lleva residiendo en España más de 20 años, habiendo trabajado en el sector de la construcción, está casado con persona de la misma nacionalidad con la que ha tenido dos hijos nacidos en España (...) con los que convivía en una vivienda en propiedad, gozando su esposa e hijas de autorización de residencia de larga duración, y trabajando aquélla en el servicio de limpieza; por lo que es evidente que la expulsión determinaría, de quedar aquí madre e hijos, que éstos quedarán privados del derecho a estar con su padre y a la atención que en todos los órdenes está obligado a dispensarles, con la consiguiente desmembración de la familia; o, para evitarlo, vendrían obligados los cuatro a salir del país, viéndose privados de disfrutar de la autorización de larga duración de la que son titulares».

Yendo más allá en el razonamiento, cabe defender que los extranjeros sin válido permiso de residencia (o sin residencia de larga duración) no pueden ser expulsados si, a pesar de sus antecedentes penales no representan en la actualidad una amenaza real y suficientemente grave para el orden público (no representaría tal amenaza el extranjero que hace años fue condenado a un delito con escasa pena y después no ha reincidido) y debe protegerse un interés superior al abstracto del Estado que inspira el artículo 57.2 LOEx: el artículo 57.2 LOEx ha de aplicarse respetando la Constitución, esto es, los derechos fundamentales afectados y los principios constitucionales de protección de la familia y de protección de los niños (art. 39.1 y 4 CE), pues cualquier otra interpretación lo convierte en inconstitucional⁴². En consecuencia, ha de estudiarse la incidencia en estos procesos de expulsión del derecho a la residencia en territorio español (art. 19 CE), del derecho a la intimidad familiar por su posible relación con el derecho a la vida familiar (arts. 18 y 39 CE y 8 del Convenio de Derechos Humanos), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por último, ha de analizarse qué papel juega en estos procesos el interés del menor, teniendo en cuenta que estamos ante una relación vertical entre la Administración y los particulares interesados en el expediente administrativo de expulsión y que el menor no es protagonista del expediente, sino actor secundario.

IV. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA DENEGAR EL AMPARO. CRÍTICA

1. *Premisas de las que parte. Derechos invocados*

La STC 186/2013, de 4 de noviembre, denegó el recurso de amparo presentado por la ciudadana argentina contra la expulsión de territorio español acordada, entendiendo el Tribunal Constitucional (FJ 1) que dicho recurso se dirige contra la última sentencia dictada en la instancia (no contra las resoluciones administrativas previas) por vulneración del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y del derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), pero no por vulneración del derecho a la

⁴² La STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 38545) entiende que estaría justificada la expulsión si el extranjero carece de todo arraigo en España (no tiene domicilio ni trabajo).

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de modo que no entra a conocer si se ha vulnerado o no este último derecho (FJ 3). En el voto particular se critica ferozmente la decisión adoptada por la Sala 2.^a de no entender invocado por la recurrente en amparo el derecho a la tutela judicial efectiva, y sus argumentos son convincentes (léanse los números 1 y 2, donde se razona profusamente por qué se entiende que el recurrente denuncia la vulneración del artículo 24.1 CE por la resolución administrativa impugnada, concluyendo los magistrados disidentes que la Sentencia dictada ha incurrido en una denegación de justicia). Es, ciertamente, relevante que se partiera de esta premisa por la STC 186/2013, pues no parece que el derecho a la tutela judicial efectiva se respetase en el caso.

Con carácter previo sostiene el Tribunal Constitucional que aunque la recurrente no es titular de los derechos invocados (recordemos que no tenía permiso de residencia en vigor), sí está legitimada para invocarlos en su recurso de amparo debido a que fue parte en el proceso judicial en que se dictó la Sentencia recurrida y tiene interés legítimo para ello, pues obtendría una ventaja jurídica si se entendiesen vulnerados tales derechos⁴³. Razona el Tribunal Constitucional que «[e]s suficiente que el recurrente con respecto al derecho fundamental violado se encuentre en una determinada situación jurídico-material identificable, no con un interés genérico en la preservación del derecho, sino con un interés en sentido propio, cualificado y específico, que debe ser valorado en atención al derecho fundamental que en cada caso se trate» (FJ 2, en el que se citan las sentencias donde se recoge esta doctrina constitucional aplicable para rechazar la petición de inadmisión, en lo concerniente a la vulneración del artículo 19 CE, formulada por el abogado del Estado).

Se distingue, con acierto, entre los derechos fundamentales del extranjero con residencia ilegal en España y los derechos fundamentales del hijo menor de edad, que podrían ser invocados directamente por el extranjero actuando como representante legal del menor o, como en este caso, indirectamente como interesado en el proceso en el que han podido conculcarse. En el caso sólo se pronuncia el Tribunal Constitucional sobre derechos e intereses del hijo, pues se rechaza que se haya invocado el derecho a la tutela judicial efectiva, del que el extranjero es titular, y al carecer de residencia legal no tendría el extranjero reconocido el derecho del artículo 19 CE.

⁴³ Esta doctrina constitucional es distinta a la fijada en otros casos en que el recurrente en amparo, a quien se había denegado algún permiso de paternidad, invocaba derechos de su esposa.

Recordemos, sobre los derechos de los extranjeros en España, que ha de estarse con carácter general a los artículos 13 CE y 3 LOEx, de donde resulta que los extranjeros extracomunitarios pueden no ser titulares en España de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por la Constitución los nacionales españoles. Es doctrina constitucional consolidada que cabe hablar de tres grupos de derechos fundamentales: derechos que por imperativo constitucional sólo pertenecen a nacionales españoles (los del art. 23 CE); derechos que en todo caso han de ser garantizados a los extranjeros ya que son imprescindibles para respetar la dignidad de la persona, entre los que se incluyen el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) o la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y derechos que pueden reconocerse por tratado o ley a los extranjeros, como la libertad de circulación por territorio español (art. 19 CE)⁴⁴. El legislador puede introducir el criterio de la legalidad o ilegalidad de la residencia para, respetando las exigencias del artículo 10 CE, delimitar qué concretos derechos corresponden a estas personas (STC, Pleno, 236/2007, de 7 de noviembre)⁴⁵.

De esta importantísima Sentencia nos interesa destacar (por su trascendencia para resolver otros casos sobre expulsión *ex* artículo 57.2 LOEx que afecten a extranjeros *con papeles* o que invoquen la vulneración del artículo 24 CE) que el derecho a la tutela judicial efectiva se considera un derecho imprescindible para garantizar la dignidad hu-

⁴⁴ Vid. ABARCA JUNCO, A. P., «Capítulo 1. Derechos y libertades de los extranjeros en España», en *El extranjero en el Derecho español*, AA.VV., Uned-Dykinson, 2012, págs. 36 y ss. Sobre esta distinción entre los derechos fundamentales en atención a su mayor o menor conexión con la dignidad humana, y la evolución de la doctrina constitucional en la comprensión de los derechos de los extranjeros, vid. GÓMEZ MONTORO, A. J., «Titularidad de derechos fundamentales», cit., págs. 47 a 52, y VIDAL FUEYO, C., «Derechos constitucionales de los extranjeros», en *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, M. Aragón Reyes (dir.) y C. Aguado Renedo (codir.), Cívitas Thomson Reuters, 2011, págs. 62-63. La doctrina es crítica con esta clasificación tripartita y evoluciona hacia un reconocimiento de todos los derechos fundamentales a los extranjeros (salvo los expresamente negados por la Constitución), si bien admitiendo modulaciones de su contenido esencial atendiendo a los tratados internacionales y a factores como la entrada y residencia legal o ilegal en España (vid., por todos, RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, págs. 49 y ss.). Sobre el tema de los derechos de los extranjeros puede también consultarse GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «Derechos fundamentales de los extranjeros en el ordenamiento español», en *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, 2011, págs. 23 y ss.

⁴⁵ Los derechos del artículo 19 CE no se consideran imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, por lo que es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

mana y, en consecuencia, debe corresponder por igual a nacionales y extranjeros y ya se encuentren éstos en situación regular o irregular en España (FF.JJ. 3 y 4; ya extrajeron esta conclusión, concorde con la literalidad del precepto —*Todas las personas*—, las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 95/2003, de 22 de mayo, FJ 5). Por el contrario, el derecho de residencia y desplazamiento en España puede ser limitado por el legislador cuando se trata de extranjeros de acuerdo con el artículo 13 CE (así se hace en el art. 5 LOEx), pues «el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español», citándose como ejemplo la doctrina de la STC 242/1994, en la que el Tribunal consideró que la expulsión podía llegar a ser una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, y la doctrina de la STC 94/1993, en la que se señaló que el artículo 19 CE reconoce la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio, invocando los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (FJ 4)⁴⁶. Este reconocimiento del derecho del artículo 19 CE a los residentes legales implica, según el Tribunal Constitucional, que, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan la aplicación de la regla de expulsión (como sería la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o superior a la de prisión menor), los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar, art. 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correc-

⁴⁶ En la STC 94/1993, de 22 de marzo, se reconoció a una ciudadana filipina residente en España el derecho fundamental contenido en el artículo 19 CE interpretado bajo la luz del artículo 13 CE, lo que significa que la decisión de expulsarla debe ser conforme con la ley para no vulnerar el derecho fundamental que asiste a los extranjeros residentes en España de seguir residiendo y circulando libremente por España (vid. FJ 4). En la STC 242/1994, de 20 de julio, se añadió que para entender respetado el artículo 19 es preciso comprobar si, además de tener ocasión el recurrente de defenderse en un expediente o proceso de expulsión (lo que ya permitiría entender cumplido el art. 24 CE), se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, «lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del artículo 19 CE, en conexión con el artículo 13)» (FJ 6).

ta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión.

2. *Sobre la vulneración del derecho del menor español a residir en territorio español*

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio español, y asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca, derecho que no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos (art. 19 CE). La libertad de elección de residencia comporta la obligación correlativa de los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental. Cuando el nacional español es menor de edad, la libertad de elección corresponde a sus representantes legales, que ejercen así el derecho del que es titular su representado (ya se trate estrictamente de una actuación representativa —arts. 154.2.º y 267 CC— o del ejercicio de la potestad de velar por el menor —arts. 154.1.º y 269 CC—)⁴⁷. Los derechos del artículo 19 CE pertenecen al grupo de derechos fundamentales que presuponen necesariamente una decisión del individuo, que sólo puede tomar si tiene la suficiente capacidad natural. Pero distinguiendo entre titularidad y ejercicio es dable concluir que sólo el ejercicio de estas libertades pue-

⁴⁷ No se cuestiona en absoluto por el Tribunal Constitucional que los menores españoles son titulares de los derechos del artículo 19 CE. En la doctrina encontramos alguna opinión favorable a limitar la titularidad de los mismos a los españoles que se encuentren en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, es decir, que sean mayores de edad, quedando por tanto excluidos los menores de edad [en este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., «Artículo 19. Libertad de circulación y residencia», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, O. Alzaga Villaamil (dir.), Edersa, 1997, pág. 491]. Si fuera así, no habría lugar a hablar de ejercicio de este derecho por el representante legal del menor o incapacitado español, pues por definición éste carecería de tal derecho, ni cabría recurrir en amparo resoluciones por vulneración de este derecho si el sujeto implicado fuera un menor o incapacitado. La decisión sobre el lugar de residencia del hijo se tomaría, en consecuencia, por la persona custodia del menor o incapacitado ejerciendo su potestad de velar por él o cumpliendo esta obligación si se trata de un tutor, pero no como representante legal de dicho menor o incapacitado. Esta opinión puede sustentarse con carácter general en la naturaleza personalísima de los derechos fundamentales o, particularmente, en la distinta configuración de los derechos fundamentales dependiendo de su contenido, pues algunos lo tienen básicamente negativo (como el derecho a la vida) y otros lo tienen positivo (como la libertad de expresión), confundiendo por ello necesariamente titularidad y ejercicio (vid. ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, 2003, págs. 103 y ss., que no comparte esta opinión —*ob. cit.*, págs. 111-112—).

de quedar afectado por la falta de capacidad de obrar suficiente, nunca la titularidad del derecho fundamental ni la capacidad jurídica iusfundamental (basada en la dignidad humana *ex art. 10 CE*), de modo que tanto los menores de edad como los mayores incapacitados deben considerarse titulares de los derechos reconocidos por el artículo 19 CE; así lo demanda el interés jurídico que trata de protegerse por el ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho fundamental de circular y residir en España a todos los españoles con independencia de sus circunstancias personales, y el principio rector de protección de los menores e incapacitados (art. 39 CE)⁴⁸.

Como titulares del derecho fundamental reconocido en el artículo 19 CE, los menores españoles deben quedar a cubierto de injerencias ajenas que menoscaben su libertad de circular y de residir en España. Por tanto, se vulnerará este derecho fundamental de un menor si una decisión administrativa o judicial desconoce injustificadamente dicha libertad. En el caso de órdenes de expulsión de extranjeros con hijos menores españoles, habrá que valorar en cada caso si el acuerdo de expulsión puede suponer una injerencia prohibida en el derecho del menor, por limitar su libertad de circulación y residencia sin que concorra un interés superior al suyo que haya de protegerse (por ejemplo, razones de orden público que necesariamente condujeran a la expulsión del progenitor extranjero podrían justificar una limitación del derecho del hijo menor a residir en España). Ha señalado al respecto el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales del artículo 19 CE no son absolutos, de modo que pueden limitarse si concurre una causa justificada por un fin constitucionalmente legítimo y la restricción a la libertad de elección del domicilio o a la movilidad del ciuda-

⁴⁸ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., págs. 101 y 112 a 114. En particular sobre la titularidad del menor de la libertad de circulación y residencia o de entrada y salida del país (art. 19 CE), y en consecuencia la plena eficacia de su contenido frente a la actuación estatal durante la minoría de edad del sujeto, vid. *ob. cit.*, pág. 188. Debemos tener presente que la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, destaca como fundamento del nuevo derecho de la infancia el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos a los menores de edad, contemplados como sujetos de derechos, además de una capacidad progresiva para ejercerlos. Los derechos del artículo 19 CE (libertad de residencia y de circulación en España) serían de los que pueden ejercerse por el representante legal del menor o incapacitado (a diferencia de otros como el derecho a contraer matrimonio o la libertad de conciencia), pues el interés protegido no requiere para ser satisfecho que sea personalmente su titular quien ejerza el derecho, es decir, la actuación que conforma su contenido no es personalísima (se refiere a estos dos grupos de derechos fundamentales, los que exigen el ejercicio autónomo por el individuo titular y los que permiten su ejercicio por un representante, ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., págs. 121 y 125).

dano resulta proporcionada. No se ha considerado, por ello, vulnerado el artículo 19 CE en el caso de ordenarse la libertad provisional con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado; ni en el caso de acordarse, en procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión del extranjero, una medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en un determinado lugar; ni en el caso de imposición de penas consistentes en la prohibición de aproximarse a una determinada persona, como las previstas por el artículo 57.2 CP; ni en el caso de decretarse la extradición pasiva de un nacional español⁴⁹. Según la STC 186/2013, en todos estos supuestos la restricción a las libertades garantizadas por el artículo 19 CE «viene determinada por un vínculo forzoso, ya se trate de una obligación en positivo o de una prohibición de hacer algo» (FJ 4). La Sentencia distingue de estos supuestos aquellos otros en que un acuerdo del poder público puede condicionar al ciudadano para elegir residir en un lugar o en otro, pues entonces no puede hablarse siquiera de limitación de los derechos del artículo 19 CE ya que su titular sigue siendo libre para decidir su lugar de residencia, con las consecuencias derivadas de tal decisión. Pueden considerarse ejemplos de estos otros supuestos, donde el ciudadano opta por una residencia y no es obligado a ninguna, los resueltos por las SSTC 8/1996, de 21 de enero, y 90/1989, de 11 de mayo⁵⁰.

Esta distinción entre vinculación del ciudadano a una obligación o prohibición y opción del ciudadano es el presupuesto teórico en que se apoya la STC 186/2013 para entender, a priori, que no se ha vulnera-

⁴⁹ Respectivamente, STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3; STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5; STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.a); STC 205/2012, de 12 de noviembre, FJ 4.

⁵⁰ En la primera Sentencia se discute en amparo si la aplicación sucesiva y no simultánea en todo el territorio nacional, o por lo menos en el mismo municipio, de un mandato legal para la revisión de los valores catastrales infringe el artículo 19 CE (además del art. 14 CE), respondiendo el Tribunal Constitucional que el derecho fundamental del artículo 19 no significa que las consecuencias jurídicas de la fijación de la residencia hayan de ser, a todos los efectos, las mismas en todo el territorio nacional; por tanto, no limita el derecho a la libre elección de residencia el hecho de que los residentes en una determinada zona del territorio nacional hayan de soportar obligaciones y cargas mayores que las de otros, siempre que se corresponda con la atribución de mayores beneficios o de una situación de hecho más ventajosa (FJ 3). En la STC 90/1989, de 11 de mayo, el recurrente solicita el amparo (invocando también los arts. 14 y 19 CE) al habersele negado el derecho a percibir un subsidio por desempleo previsto reglamentariamente para trabajadores agrícolas eventuales de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, por ser él de la Comunidad Autónoma de Murcia; y el Alto Tribunal contesta que la diversidad de situaciones jurídicas derivadas de las regulaciones y normas vigentes en las diferentes zonas del territorio nacional no puede considerarse vulneración de la libertad de residencia en tanto no impida que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga o por trasladarla a un lugar distinto (FJ 5).

do el derecho de una menor española a residir y a salir y entrar libremente en España ordenando la expulsión de su madre de territorio español y prohibiendo su regreso durante cinco años. Ya que se trataría de un caso subsumible en el segundo grupo de supuestos: razona el Tribunal Constitucional que «la resolución administrativa por la que se acuerda expulsar del territorio nacional a la madre, por mucha incidencia que pueda tener en la decisión de la hija menor española sobre su lugar de residencia, no entraña ninguna obligación jurídica de salir de España, en el sentido que no impide a la ciudadana española optar entre mantener su residencia en España, separándose de la madre, o trasladarla a Argentina junto con su madre. Se trata [...] de alternativas de elección que, al menos formalmente, no resultan mermadas por el acuerdo administrativo que subyace en esta impugnación» (FJ 4)⁵¹. Pero el propio Tribunal Constitucional admite que en aquellos casos en que el interés superior del menor, que debe presidir la interpretación del artículo 19 CE por influencia del artículo 39.4 CE, pase necesariamente por acompañar al progenitor expulsado de España, argumentar «que la menor de edad de nacionalidad española mantiene intacta la libertad de entrar y salir de España según su voluntad por el solo hecho de que no se le imponga la obligación jurídica de abandonar el territorio nacional sería tanto como convertir las libertades garantizadas en el art. 19 CE en derechos meramente teóricos o ilusorios» (FJ 5). Ahora bien, y con esta conclusión se cierra el razonamiento del Tribunal Constitucional sobre la posible vulneración del artículo 19 CE, «no se puede obviar que la menor de edad, aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE».

La primera crítica que puede hacerse a este razonamiento es que, aunque aparentemente huye de ello, convierte en teórico e ilusorio el derecho de la menor española a residir en España, como le garantiza el artículo 19 CE. Porque la hija menor de edad (tres años tenía en el mo-

⁵¹ En el ATC 276/1983, de 8 de junio, se razonó que el derecho de libre elección de residencia y de libre circulación por el territorio nacional impide las restricciones que derivan de los poderes públicos y no aquellas otras que pueden provenir de impulsos personales del interesado, «para quien motivaciones de índole superior hagan conveniente o necesario residir cerca de otra persona con quien tenga vínculos afectivos o de otro tipo» (FJ 1).

mento de dictarse la orden de expulsión por el subdelegado civil de Cádiz) no tiene suficiente capacidad de obrar para optar en aras de la prevalencia de su propio interés (¿puede ella siquiera imaginar algo mejor a estar con su madre, con la que ya vive tras salir de la cárcel, en el lugar donde ha residido siempre?) y, en consecuencia, será su representante legal quien deba tomar la decisión de que la menor se quede en España o salga de nuestro país. Decisión que ha de tomarse en beneficio del menor. ¿Cómo afectan a estos derechos del menor contemplados en el artículo 19 CE, que existen en la medida en que se ejercen por su representante legal, las decisiones del poder público que limitan los movimientos en España del representante legal que ejerce la potestad sobre el menor y convive con él? Cabe defender que la expulsión del progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia de un menor español puede entenderse como situación equiparable a una obligación vinculante del sujeto titular del derecho reconocida en el artículo 19 CE a abandonar el país, con las consecuencias oportunas.

¿Es dable decir que el representante legal expulsado de España puede optar, en interés de un hijo menor con quien convive, porque éste permanezca en España? ¿Puede hablarse realmente en estos casos de *libertad* de opción? Al representante legal del menor que debe decidir si es mejor para él que permanezca en España o salga con el expulsado se le obliga a tomar esta decisión por imposición de un poder público (el que ordena la expulsión)⁵². Por ello es defendible entender que estaríamos en realidad en el primer grupo de supuestos y, en consecuencia, el derecho de la menor, aun no siendo absoluto, sólo podría limitarse por una causa justificada en atención a un fin constitucionalmente legítimo y siempre que la restricción fuera proporcionada al fin perseguido. En la STC 183/2013 no se llega a esta conclusión en el caso concreto, pero al reconocer que el interés del menor debe presidir la interpretación de los derechos reconocidos por el artículo 19 CE, que no se consideran meramente teóricos, se acaba concluyendo que «la menor de edad de nacionalidad española, aunque no se le imponga la obligación jurídica de salir del territorio nacional, verá lesionado su derecho fundamental a permanecer en España *ex* artículo 19 CE cuando en el caso concreto el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado a su país de destino, ya sea por no tener en España ningún otro elemento de arraigo, ya sea

⁵² En el caso de la STC 186/2013, el padre español de la menor se encontraba en prisión y no parece que hubiera ya relación estable con la madre, de modo que se plantea el problema de decidir quién debe adoptar esta decisión tan relevante para la vida de la menor.

porque solo dicho progenitor pueda asumir su manutención» (FJ 5). Debemos resaltar que, según el Tribunal Constitucional, el derecho fundamental de un menor español a residir en España quedaría lesionado si el superior interés de dicho menor pasa necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado de España, al no tener aquí ningún otro elemento de arraigo o por ser dicho progenitor el único que pueda asumir su manutención (lo que en el caso de la STC 186/2013 no se entiende que acontece, pues el padre español reside en España —en la cárcel, pero en España— y la menor ha convivido con sus abuelas mientras su madre se encontraba en prisión).

Esta conclusión a la que llegamos, según la cual se limitan los derechos del artículo 19 CE reconocidos a menores de edad siempre que se ordena la expulsión del progenitor custodio del menor, nos lleva a analizar si la orden de expulsión de la madre extranjera, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, está justificada porque se persigue con la sanción un fin constitucionalmente legítimo y, estando justificada, es una medida proporcionada al fin perseguido. En mi opinión, la expulsión no era necesaria (atendiendo a la peligrosidad social de la ciudadana extranjera) ni proporcionada (atendiendo a los derechos fundamentales que limitan la expulsión). La relevancia del interés del menor para valorar la proporcionalidad de la medida de expulsión de la madre con quien convive (interés cuya protección demanda el art. 39.4 CE) debe llevar a no acordar la expulsión salvo que razones cualificadas de orden público la hagan necesaria (por ejemplo, la peligrosidad social de la madre). Nadie puede negar que, como regla general, lo mejor para un niño es convivir con su madre.

Una segunda crítica es la que se defiende en el voto particular. ¿Qué relación puede establecerse entre el derecho a residir en España de un español menor de edad, reconocido por el artículo 19 CE, y sus derechos familiares, garantizados por el artículo 39 CE? En la STC 186/2013, y en el voto particular discrepante, se coincide en la importancia que tiene el artículo 39 CE a la hora de analizar la posible vulneración del derecho del menor de edad a residir en España en caso de acordarse la expulsión de territorio español de su progenitor, si bien la Sentencia se limita a traer a colación el número 4 de dicho artículo, que en puridad es ajeno a la protección de la familia pues garantiza la protección de los niños como tales, mientras que el voto particular sí defiende que la protección de la familia del niño ha de incidir en el análisis del derecho del menor reconocido por el artículo 19 CE. Es comprensible el esfuerzo, ya que por sí sola la vulneración del artículo 39 CE por una resolución no permite recurrir en amparo ante el Tri-

bunal Constitucional. Pero ni en la Sentencia ni en el voto particular queda clara la manera en que pueden encajarse las garantías del artículo 39 CE, máximo exponente de la protección de la familia en nuestra Constitución, con el derecho del menor de edad a residir en España de acuerdo con el artículo 19 CE. O, dicho de otro modo, cuándo se vulneraría este derecho fundamental por no respetarse las garantías del artículo 39 CE.

El menor que forma una familia en España con el progenitor que puede ser expulsado tiene derecho a que se proteja por los poderes públicos esa familia (art. 39.1 CE). Esto quiere decir que tiene derecho a que la decisión que se adopte sobre la expulsión de su madre o padre no atente contra esa familia constituida, salvo que razones más atendibles constitucionalmente justifiquen la desprotección. Igualmente, dicho menor tiene derecho a que los poderes públicos aseguren la realidad de todos los efectos de la relación de filiación establecida con su progenitor, y en particular la prestación de asistencia de todo orden que los padres deben dar a sus hijos menores de edad (art. 39.2 y 3 CE). Esta asistencia incluye tener en su compañía al hijo menor de edad, a fin de asegurarle todos los cuidados necesarios para su subsistencia y el pleno desarrollo de su personalidad, de modo que el menor tiene derecho a que la decisión que se adopte sobre la expulsión de su madre o padre no le prive de la compañía del progenitor en cuestión y consecuente relación afectiva, salvo que razones más atendibles constitucionalmente justifiquen la privación. Tratándose de un menor español, titular del derecho fundamental a residir en España (art. 19 CE), los poderes públicos deben garantizar que la familia constituida con el progenitor extranjero pueda cumplir sus funciones en territorio español: el menor español tiene derecho a disfrutar de sus relaciones paterno/materno-filiales en España, pues de este modo se integra el contenido del derecho reconocido por el artículo 19 CE con la protección dispensada por el artículo 39 CE. En consecuencia, se conculcaría el derecho fundamental del menor a residir en España con su progenitor si se adoptase una decisión por un poder público que, sin la suficiente justificación, expulsara de territorio español al progenitor extranjero con el que el menor forma una familia.

3. Sobre el derecho del menor español a su vida familiar

Textos tan alejados en el tiempo como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 8) y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2010 (art. 7) reconocen el derecho a la vida privada y familiar (así como el respeto del domicilio y las comunicaciones), derecho que incluye, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía sin injerencias de la autoridad pública ilegales o innecesarias (atendiendo a los intereses en juego), y por ello ha sido invocada reiteradamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de decisiones nacionales relativas a extranjeros (a quienes también se reconoce el derecho), y en particular a la expulsión de extranjeros con hijos menores de edad⁵³. La doctrina del TEDH, muy apegada al caso concreto, descansa en que la expulsión ha de ser legal, legítima y necesaria (esto es, proporcionada) para considerarla respetuosa con el artículo 8⁵⁴. Pero si no se reconoce en nuestra Constitución como derecho fundamental el derecho a la vida familiar, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de un acto (o norma) contradictorio con tal derecho no podría fundarse directamente en este derecho reconocido por el artículo 8 del Convenio, pues el basamento de la impugnación debe ser el derecho reconocido en nuestra Constitución interpretado de acuerdo con el tratado internacional⁵⁵.

El derecho a la vida familiar, con tales palabras expresado, literalmente no tiene su correlato en el Título I de nuestra Constitución, por

⁵³ A tenor del artículo 8.2 del Convenio, no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Destaca la doctrina que el alcance de la protección derivada del artículo 8 interesa, fundamentalmente, a extranjeros no comunitarios [así, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida familiar», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, I. Lasagabaster Herrarte (dir.), Thomson Cívitas, 2004, pág. 308]. Sobre el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y su vinculación con el artículo 8 del Convenio, vid. OROZCO PARDO, G., y MORENO NAVARRETE, M. A., en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (dirs.), Granada, 2012, págs. 133 y ss.

⁵⁴ Sobre esta doctrina, vid. RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros*, cit., págs. 129 y ss.

⁵⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

lo que la tesis dominante, que confirma la STC 186/2013, es que el derecho a la vida familiar no está previsto como derecho fundamental por nuestra Constitución (no lo incluye el artículo 18 CE dentro del concepto de intimidad familiar), mereciendo la protección de la familia el respeto derivado de su consideración como principio rector de la política social y económica (art. 39.1 CE)⁵⁶. De acuerdo con los antecedentes y desarrollo legislativo del artículo 18.1 CE (vid., cuando su titular es un menor, el art. 4 LO 1/1996), se dota de naturaleza fundamental a los clásicos derechos de la personalidad que tradicionalmente habían recibido una protección civil: honor, intimidad y propia imagen⁵⁷. Por ello, su contenido, hasta fechas muy recientes, se ha restringido por el Tribunal Constitucional en atención a su función limitadora de la libertad de información reconocida en el artículo 20.1.d) CE, protegiendo del conocimiento ajeno ámbitos personales y familiares⁵⁸. El Tribunal Constitucional ha dictado alguna sentencia que no se corresponde con

⁵⁶ Ha explicado convincentemente las razones de esta tesis RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros*, cit., págs. 187 y ss.

⁵⁷ Vid., por ejemplo, los comentarios a este artículo de SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, O. Alzaga Villaamil (dir.), Edersa, 1997, págs. 385 y ss.; SERRANO ALBERCA, J. M., en *Comentarios a la Constitución*, F. Garrido Falla (dir.), 3.^a ed., Cívitas, 2001, pág. 400, o PARDO FALCÓN, J., en *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, M. E. Casas y M. Rodríguez-Pilero (dirs.), Fundación Wolters Kluwer, 2008, págs. 414 y ss. En esta misma obra colectiva, comentando el artículo 39 CE, sostiene que el contenido del artículo 18.1 es más limitado que el derecho al respeto de la vida privada y familiar CACHÓN VILLAR, P. (pág. 1004).

⁵⁸ La intimidad familiar, que es un derecho propio y no ajeno (STC 231/1988, de 2 de diciembre, citada por la STC 197/1991, de 17 de octubre), se considera regulada como una dimensión adicional de la intimidad personal (STC 236/2007, de 7 de noviembre), y la intimidad personal implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Por tanto, como continuaba razonando la STC 231/1988, la garantía de la intimidad familiar, y no sólo la personal, permite excluir del conocimiento ajeno no sólo los aspectos de la vida propia personal, sino también «determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal 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 artículo 18 CE protegen», pues 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». En la citada STC 236/2007 (FJ 11) se concluía que el derecho reconocido en el artículo 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» (en el mismo sentido, SSTC 134/1999, de 15 de julio, y 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4). Es frecuentemente citada la afirmación contenida en la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, de que el derecho contenido en el artículo 18.1 CE implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana».

ese contenido limitador de la libertad de información (en materia de in-misiones y apellidos)⁵⁹, y previsiblemente tendrá que decidir si la intimidad personal y familiar funciona como límite de la libertad de manifestación o reunión (variantes de la libertad de expresión, como ha señalado la doctrina constitucional)⁶⁰, pero sigue negando que forme parte del contenido del derecho a la intimidad familiar el derecho de los padres y los hijos a vivir en familia⁶¹.

Efectivamente, según la STC 186/2013, la intimidad familiar del artículo 18.1 CE no incluye el derecho del individuo a vivir con su familia, a disfrutar padres e hijos de su mutua compañía, derecho que sí está protegido por el artículo 8.1 del Convenio de Derechos Humanos (STEDH de 27 de junio de 1996, caso *Johansen*, § 52). Reconoce nuestro Alto Tribunal que esta doctrina del TEDH le ha permitido entrar a valorar en numerosas ocasiones si el derecho del individuo a vivir con su familia se vulnera por decisiones estatales de expulsión de extranjeros (así, en el caso *Dalia*, STEDH de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54)⁶², debiendo tenerse en cuenta todos los intereses en

⁵⁹ Una explicación detallada de la STC 119/2001, de 29 de mayo, que reconoce la protección del artículo 18.1 CE frente a una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, puede encontrarse en RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros*, cit., págs. 190 y ss. Recientemente se ha declarado por la STC 167/2013, de 7 de octubre, que vulnera el derecho a la propia imagen, del artículo 18.1 CE, la decisión judicial que no ponderó especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos resultante de la determinación judicial de su filiación paterna (FJ 7).

⁶⁰ Por ejemplo, la STC 170/2008, de 15 de diciembre. Tal derecho justificaría denegaciones de autorizaciones de manifestaciones o reuniones ante domicilios particulares de representantes políticos. Vid., por ejemplo, STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2013, donde expresamente se alude a la finalidad de preservar la vida privada y familiar que pudiera resultar perturbada de autorizarse la concentración en los términos solicitados, o STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de abril de 2013. La primera es la 355/2013 (JUR 2013, 215097) y la segunda la 219/2013 (RJCA 2013, 466).

⁶¹ Esta opinión no es compartida por todos, como se desprende del voto particular a la STC 186/2013, si bien en bastantes ocasiones no parece responder la opinión contraria a una reposada meditación. Se apunta, por ejemplo, por SALANOVA VILLANUEZ, M., «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4/2003, nota 4.

⁶² El caso *Dalia* se diferencia del caso de la STC 186/2013 en que la decisión recurrida ante el TEDH fue la sentencia judicial que denegaba la petición de revocación de la orden de expulsión de una mujer argelina acordada años antes, petición que se sustentaba, entre otros motivos, en que la demandante había sido madre de un niño de nacionalidad francesa, sobre el que ejercía la patria potestad. Ahora bien, esta facultad, si, como ocurre en el caso que da ocasión a este estudio y ocurría en el enjuiciado por el TEDH en el caso *Dalia contra Francia*, se trata de expulsar a una mujer extranjera madre de un niño nacional (español en uno y francés en el otro), las decisiones estatales «en la medi-

juego (el derecho a la vida familiar es un límite, pero ha de estarse a las circunstancias del caso y también a las exigencias del artículo 8.2 del Convenio)⁶³. El respeto a la vida familiar del individuo se recono-

da en que atentarían contra un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, deben ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcionadas al fin legítimo perseguido». En consecuencia, los afectados por la expulsión tienen derecho a que los poderes públicos competentes para ordenar la expulsión se acomoden a esta exigencia derivada del respeto al artículo 8 de la Convención y, por consiguiente, motiven que la medida es necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido. Por tanto, el TEDH, enfrentado a un recurso contra una decisión estatal relativa a la expulsión de extranjero con hijo nacional, debe determinar si tal decisión «ha respetado un justo equilibrio entre los intereses enfrentados», a saber, de una parte, el derecho al respeto de la vida privada de la demandante o, cabe añadir, de su hijo (como se ha planteado en el caso español, pues en el caso *Dalia* nadie alegó el derecho del hijo a su vida familiar en Francia) y, de otra parte, «la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales» (STEDH de 19 de febrero de 1998). Es muy interesante reproducir los argumentos por los que en esta Sentencia el TEDH considera que la decisión del Estado francés recurrida no había vulnerado el artículo 8 de la Convención, por no ser desproporcionada a los fines legítimos perseguidos: «como ha señalado el Gobierno, el legislador francés, al no autorizar, salvo las excepciones previstas en el artículo 28 bis de la Orden de 1945, la revocación más que a favor de los extranjeros que han accedido a la expulsión del territorio, ha deseado apartar del beneficio de esta revocación a los que se mantienen irregularmente en Francia. La aplicación a la demandante de esta norma de procedimiento, que persigue un fin legítimo, no podría conllevar, en sí misma, la violación del artículo 8. En apoyo de su demanda de revocación, la señora Dalia alegaba principalmente que era madre de un niño francés. El expediente estableció que la interesada tejió este lazo familiar esencial cuando se encontraba irregularmente en Francia. No podía ignorar la precariedad que se derivaba de ello. Según el Tribunal, esta situación creada cuando ella se encontraba con la prohibición de residencia en el territorio francés, no podía, por tanto, ser determinante. Además, la medida de la expulsión del territorio resultante de su condena sancionaba un peligroso comercio de heroína. A la vista de los estragos de la droga en la población, el Tribunal concibe que las autoridades den prueba de gran firmeza con respecto a los que contribuyen a la propagación de esta plaga. Independientemente de la pena a la que se expuso la demandante, la participación de la señora Dalia en dicho tráfico continúa pesando mucho en la balanza» (§ 55). También me parece muy interesante reproducir los motivos de la opinión discrepante de los tres jueces que votaron en contra del acuerdo, por considerar que sí había existido violación del derecho de la demandante a su vida privada y familiar al no estar justificada la medida de expulsión cuando se pide su revocación: «la interesada había roto con el medio de la droga y su presencia en Francia, donde vive con su familia y con su hijo, no alteraba en absoluto el orden público. En estas condiciones, la aplicación rigurosa de la “norma de procedimiento”, ya muy discutible en sí misma, instituida por el artículo 28 bis de la Orden 2 noviembre 1945, en su redacción resultante de la Ley 24 agosto 1993, no podía ser considerada como “necesaria en una sociedad democrática”». En el caso *Mehemi contra Francia* (STEDH de 26 de septiembre de 1997) se estimó que la expulsión judicial del ciudadano argelino condenado a seis años de cárcel por haber cometido un delito de tráfico de drogas vulneraba su derecho a la vida familiar, sobre todo porque la medida acordada le separa de sus tres hijos menores de edad y de su esposa (por tanto, aunque la expulsión era legal y legítima, no era necesaria en una sociedad democrática).

⁶³ E igualmente le ha permitido enjuiciar decisiones estatales sobre reagrupamiento familiar desde la perspectiva de su respeto o no del derecho a la vida familiar (el reagru-

ce por nuestra Constitución, según el Tribunal Constitucional, no en el Capítulo Segundo como derecho fundamental, sino en otros lugares del Capítulo Primero y del Capítulo Tercero: así, en el artículo 10.1, como emanación del libre desarrollo de su personalidad y, en consecuencia, fundamento del orden político y de la paz social, y en el artículo 39.1 y 4 CE, actuando la protección de la familia y de los niños como principios rectores de la política social y económica, «cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo» (STC 186/2013, FJ 7)⁶⁴.

La tesis de fondo sobre la extensión del artículo 18.1 CE, se comparte o no, es defendible, pero debe incidirse sobre todo en esta última afirmación del Tribunal Constitucional, muy importante por dos motivos. Por un lado, nos permite reafirmar que la interpretación que venían haciendo los Tribunales Superiores de Justicia sobre la aplicación automática del artículo 57.2 LOEx no encaja con la Constitución, y en todo caso (no sólo cuando afecte a extranjeros con residencia de larga duración) deben ponderarse por los órganos administrativos y judiciales las circunstancias del caso concreto (aunque el Tribunal Constitucional sólo se refiera a los jueces que interpretan y aplican el artículo

pamiento se regula ahora en la Directiva 2003/86/CE del Consejo). La STC 186/2013 señala, en este sentido, que la jurisprudencia del TEDH reconoce que el derecho de reagrupamiento familiar sólo es viable en el supuesto de imposibilidad de vida familiar en ningún otro lugar, dejándose un margen de apreciación a los Estados en la aplicación de las normas de extranjería (SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz c. Reino Unido*; 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Países Bajos*, y 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*).

⁶⁴ Es lo que se desprende de la doctrina expuesta por la STC 60/2010, de 7 de octubre (citada por la STC 186/2013), en relación con la adecuación a la Constitución de la imposición de la pena de prohibición de aproximación a la víctima prevista para los delitos tipificados por el artículo 57.2 CP. Literalmente, «la imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege “es la intimidad misma, no las acciones privadas o íntimas de los hombres” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)».

57.2 LOEx, debe exigirse la misma diligencia a la Administración que da inicio al expediente, pues como poder público su actuación está sometida a los principios rectores de la política social y económica)⁶⁵. Por otro lado, si esta debida ponderación de los intereses en juego (el general de la sociedad y los particulares de la familia formada por el extranjero y un menor español, y de éste en particular) no se realizase por los órganos competentes, su denuncia ante el Tribunal Constitucional sólo puede encauzarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por lo que resulta trascendental determinar qué garantías procesales han de respetarse en los procesos de expulsión de extranjero por antecedentes penales desde la perspectiva del artículo 39.1 y 4 CE y cuándo su desconocimiento puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

V. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EN ESTOS PROCESOS DE EXPULSIÓN

Ya se ha dicho que todo ciudadano extranjero tiene el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 CE, y así lo ha reconocido el artículo 20.1 LOEx⁶⁶. Pero el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo alcanza en el ámbito administrativo a los procedimientos sancionadores, y en el resto de los expedientes la vulneración de dicho derecho sólo será atribuible a los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se recurran las decisiones de la Administración que hayan desconocido garantías jurídicas del extranjero⁶⁷. En consecuencia, la protección del administrado a través del derecho a la tutela judicial efectiva será mayor o menor dependiendo de la naturaleza de la medida administrativa de expulsión. Así, no hay duda de la naturaleza punitiva de la expulsión que se acuerde *ex* artículo 57.1 LOEx, como alternativa a la multa, y por

⁶⁵ Como explica A. Palomar [PALOMAR OLMEDA, A.; TEROL GÓMEZ, R., y ZATA-RAÍN DEL VALLE, R., «La familia ante el Derecho Administrativo», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VIII, M. Yzquierdo y M. Cuenca (dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pág. 59].

⁶⁶ Por su parte, el artículo 20.2 LOEx dispone que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 (expedición de visados).

⁶⁷ Vid. ABARCA JUNCO, A. P., «Capítulo 1. Derechos y libertades de los extranjeros en España», cit., pág. 46.

tanto es achacable a la Administración la vulneración del derecho del artículo 24 CE si no motiva suficientemente su acuerdo⁶⁸, pero no parece tener tal naturaleza la expulsión que se acuerde *ex* artículo 57.2 LOEx.

Como he expuesto *supra*, la expulsión de un extranjero por tener antecedentes penales no cancelados no es, estrictamente hablando, una sanción (no hay infracción que se castigue con ella), si bien lleva aparejada un efecto sancionador (la prohibición de entrada en España durante un tiempo) y el proceso en que se acuerda es sancionador (el preferente de la Ley de Extranjería, previsto para determinadas infracciones muy graves). Estas peculiaridades de la expulsión estudiada pueden servir de fundamento para defender que la Administración y los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa deben someterse a los límites más estrictos que se derivan del artículo 24.1 CE cuando el poder público ejerce su potestad sancionadora, por lo menos por lo que respecta a la motivación de la resolución administrativa o judicial (por qué es procedente la expulsión, atendiendo a las circunstancias del caso)⁶⁹. En el voto particular de la STC 186/2013 se parte de la premisa de que la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa han ejercido su potestad sancionadora, han ejercido el *ius ponendi* del Estado, «por lo que la necesidad de motivación en las resoluciones recaídas en el procedimiento sancionador resulta constitucionalmente exigible». Y se concluye que ha habido infracción del artículo 24.1 CE porque la Subdelegación del Gobierno en Cádiz no tuvo en consideración las circunstancias alegadas por la imputada en el expediente sancionador. Es en el FJ 3 del voto particular donde encontramos la motivación de la resolución sancionadora, que no es más que un mero formulario, y en el FJ 4 se extienden los magistrados discrepantes sobre la importancia de la motivación en este caso, en el que quedan afectados derechos fundamentales como los contenidos en los artículos 18 y 19 CE. Coincido con estos argumentos, aunque creo que se parte de una premisa errónea, pues a la postre la causa de la expul-

⁶⁸ Vid. SSTC 140/2009, de 15 de junio; 212/2009, de 26 de noviembre, y 145/2011, de 26 de septiembre.

⁶⁹ Aunque no llega a extender estas garantías a un proceso de extranjería no estrictamente sancionador, como el de renovación de un permiso de residencia, sino a partir de las sentencias judiciales que confirman la denegación de la renovación, la STC 46/2014, de 7 de abril, atribuye a la decisión administrativa del caso un defecto de motivación y proporcionalidad por no ponderar adecuadamente las circunstancias concurrentes (leveza del delito cometido por el extranjero contra la seguridad del tráfico, condenado a cuatro meses de multa y ocho de suspensión de carnet, y arraigo familiar en España). Vid. FF.JJ. 5, 6 y 7.

sión no fue la comisión de una infracción en materia de extranjería (art. 57.1 LOEx), sino la existencia de antecedentes penales (art. 57.2 LOEx).

¿El menor cuyos derechos fundamentales e interés superior pueden resultar afectados con la expulsión del progenitor puede invocar su derecho a la tutela judicial por considerar que la decisión de expulsión no ha motivado suficientemente la necesidad de la medida, en perjuicio de tales derechos o interés superior? Creo que sí, siempre que se asocie la vulneración del artículo 24 a la vulneración de otros derechos fundamentales del menor o a la conculcación del artículo 39.1 o 4 CE. Pero una invocación aislada del derecho a la tutela judicial efectiva del menor, dado que el menor no es el interesado principal del proceso de expulsión, sólo cabría si, en aras de conseguir la protección del interés superior del menor, cabe exigir que éste intervenga de algún modo en el proceso y tal intervención no se ha producido por causa imputable al poder público que acuerda la expulsión.

VI. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE EXPULSIÓN DEL PROGENITOR

En algún pasaje de la STC 186/2013 encontramos referencias a la protección que merece el interés superior del menor, reconocido por el artículo 39.4 CE, en los procesos de expulsión de su progenitor. Si ese interés pasa necesariamente por acompañar al progenitor expulsado (ya sea porque no tiene ningún otro elemento de arraigo con España o porque sólo dicho progenitor puede asumir su manutención —adviértase que se trata de cuestiones civiles—), el acuerdo de expulsión vulnerará el derecho fundamental del menor a residir en España contemplado por el artículo 19 CE (FJ 5)⁷⁰. De forma más confusa, se declara que el principio contenido en el artículo 39.4 CE (así como el del art. 39.1 CE) ha de tenerse especialmente presente al ejercer los jueces ordinarios su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEx, verificando si la decisión de expulsión es proporcional a su fin (asegurar el orden público y la seguridad ciudadana). Aunque la STC 186/2013 sólo se refiere al respeto de dicho interés por los órganos judiciales que deciden sobre la

⁷⁰ La STC 186/2013 se inspira expresamente en la STJUE de 8 de marzo de 2011, caso *Gerardo Ruiz Zambrano contra el Office National de L'Emploi belge* (se trata de resolver distintas cuestiones prejudiciales en relación con el artículo 20 del Tratado de la Unión Europea planteadas por un tribunal de Bruselas que debe decidir sobre la residencia en Bélgica de dos ciudadanos colombianos con un hijo menor de edad belga).

expulsión, me parece que dicho interés ha de intentar buscarse igualmente en la fase previa administrativa. En el caso, se concluye (a posteriori) que no es perjudicial para dicho interés la expulsión, dado que la hija (de tres años al acordarse aquélla), al haber convivido ya con sus abuelas y estar determinada la filiación paterna de un ciudadano español, no quedaría en situación de desamparo si permaneciese en España sin su madre⁷¹. Pero no en todos los supuestos puede interpretarse así la situación planteada, como muestra la triste realidad del caso resuelto por la STEDH de 10 de abril de 2012, en el asunto *K. A. B. contra España* (la niña, de cerca de un año de edad, de dos inmigrantes nigerianos quedó en situación de desamparo tras la expulsión de su madre, por carecer de permiso de residencia, y no estar determinada la paternidad del señor K. A. B.): si la Administración hubiera tomado en consideración el interés de la menor en el expediente de expulsión de su madre y adoptado las debidas precauciones (el TEDH recrimina a España que no lo hiciera, párrafo 114) se habrían ahorrado muchos sufrimientos a las personas afectadas (es un contrasentido que después de la expulsión la Administración intente la reagrupación familiar en Nigeria a instancia del Ministerio Fiscal). ¿Cómo pueden la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa determinar si en el caso concreto de expulsión se perjudica el interés del hijo menor del extranjero, de tal modo que quede conculcado su derecho fundamental a residir en España?

Los expedientes administrativos de expulsión de extranjeros, sumarios al tramitarse como procedimiento preferente, dan pocas opciones al órgano decisor (el subdelegado del Gobierno en la respectiva provincia) para conseguir el respeto del interés del menor afectado, aparte de que no son órganos especializados en la protección de menores (como tampoco las salas de los tribunales que resuelven las reclamaciones sobre extranjería). Cabría defender que en todos estos expedientes en que se alega por el expedientado que tiene un hijo menor de edad, inmediatamente debe darse traslado del asunto al Ministerio Fiscal, como órgano público competente para la defensa del orden público y para procurar la protección de los menores y de sus derechos fundamentales (art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), y si el menor tuviera suficiente juicio incluso cabría defender también que debe ser oído en el proceso (art. 9 LO 1/1996).

⁷¹ Es interesante reproducir la opinión del Ministerio Fiscal en este caso: la expulsión no empeora la situación familiar preexistente, al haberse roto la convivencia con los progenitores cuando entraron en prisión (Antecedente 9).

Estas dos afirmaciones presentan ciertos problemas de encaje en nuestro ordenamiento (más la segunda que la primera), pero dicho encaje ha de intentarse para respetar la doctrina sentada por la STC 186/2013, que puede considerarse un nuevo hito en la defensa del interés superior de los menores⁷².

El artículo 3.3 del Estatuto del Ministerio Fiscal le encomienda velar por el respeto de los derechos fundamentales en cuantas actuaciones exija su defensa, por lo que sin demasiados reparos se puede fundar su intervención en los procesos de expulsión de extranjeros con hijos menores de edad. El artículo 9 LO 1/1996 regula el derecho de los menores a ser oídos en cualquier procedimiento, administrativo o judicial, en que estén directamente implicados y que afecte a su esfera personal, familiar o social; derecho a través del cual se puede actuar el interés del menor que, como valor primordial, garantiza dicha Ley. En principio, no parece que el expediente de expulsión de la madre o el padre del menor español sea uno de estos procedimientos en que el menor tiene derecho a ser oído, para así garantizar su interés de manera adecuada, pues no es fácil defender que esté directamente implicado (sí lo está en los procesos relativos a su custodia o desamparo)⁷³. Esa implicación directa puede derivarse de la afectación de su derecho fundamental a residir en España (art. 19 CE), como ha declarado la STC 186/2013. Por lo que debe prestarse la necesaria asistencia al menor por la Administración Pública competente en el proceso de expulsión de su progenitor extranjero (arts. 10.1 y 11.1 LO 1/1996). A esta conclusión coadyuva que en un proceso de expulsión también está implicado de manera sustancial el derecho del menor a tener una vida familiar con sus dos progenitores y a ser atendido por ambos (art. 39 CE), pues o se verá privado de la compañía del progenitor expulsado en caso de no salir con él de España, o dejará atrás al otro progenitor si abandona España junto con el expulsado.

De considerarse necesarias para la defensa del interés del menor la intervención del Ministerio Fiscal y, en su caso, la audiencia del propio menor, su falta podría suponer un atentado al derecho a la tutela ju-

⁷² La fuerza expansiva del artículo 39.4 CE ha sido resaltada, entre otros, por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., «El niño y los derechos humanos», en *Los derechos de los niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, I. Campoy Cervera (ed.), Madrid, 2007, pág. 27.

⁷³ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, 2005, pág. 185, considera dudoso que el menor esté directamente implicado en la decisión administrativa de declarar en desamparo a alguno de sus hermanos, o en la decisión judicial de constituir una adopción que traerá a ese menor un nuevo hermano (el adoptado).

dicial efectiva del menor (art. 24.1 CE)⁷⁴ y, en consecuencia, podría ser alegado como motivo del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 186/2013, la vulneración podría ser alegada por el progenitor)⁷⁵.

⁷⁴ La STC 221/2002, de 25 de noviembre, presupone, al conceder el amparo pedido por los padres acogedores de una menor (que, según el Auto recurrido, debía retornar con sus padres adoptivos), que la audiencia exigida por el artículo 9 LOPJM es obligatoria, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor por no haberse oído al dictar la resolución recurrida. La STC 71/2004, de 19 de abril, insiste en que el derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilen sus intereses (como sería el caso del menor sujeto del derecho reconocido en el artículo 9 LOPJM) integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (en este caso no se había dado audiencia a una menor de nueve años en el proceso que concluye con la orden de ingreso en un centro de acogida para que pueda relacionarse con su madre biológica). Forma parte de esta doctrina constitucional la STC 152/2005, de 6 de junio, que también entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del hijo menor que no fue oído en el juicio donde se acuerda atribuir la guarda y custodia a la madre y no al padre.

⁷⁵ Al no ser parte en el proceso de expulsión, y no ser titular de los derechos subjetivos que han de tutelarse de forma efectiva por los tribunales, es discutible el engarce del derecho del artículo 9 LO 1/1996 con el artículo 24 CE (MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», cit., págs. 195 y 197, expone las dos corrientes doctrinales).