

© Copyright 2017, vLex. Todos los Derechos Reservados.  
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

# El principio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad cuando afecta a la vivienda familiar y la sentencia de la Sala 3ª del TS de 23/11/2017

Revista de Derecho vLex - Núm. 163, Diciembre 2017

**Autor:** Jesus Sanchez Garcia

**Cargo:** Abogado

**Id. vLex:** VLEX-698474993

**Link:** <http://vlex.com/vid/principio-proporcionalidad-respecto-situacion-698474993>

Texto

## Contenidos

- [I. - Introducción](#)
- [II. - Primacía del Derecho Comunitario y control de convencionalidad](#)
- [III. - El superior interés del menor](#)
- [IV. - El principio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad cuando afecta a la vivienda familiar](#)
- [V. - Conclusión](#)

I

### - Introducción

La Sección Tercera de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante TS) ha dictado la sentencia número 1797/2017, de 23 de noviembre, estimando el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, dictado en el **Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio**, que autorizó la entrada en una vivienda para llevar a debido efecto la ejecución forzosa de una

resolución del Instituto de la vivienda de Madrid, relativo a la recuperación de la posesión del inmueble ocupado ilegalmente.

## II

### - Primacía del Derecho Comunitario y control de convencionalidad

El principio de primacía del Derecho comunitario fue afirmado en términos globales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en [sentencia de 15 de julio de 1964](#), C-6/64. El mismo TJUE en la [sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77](#), estableció que el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, **dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional** eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria <sup>1</sup>.

En virtud del principio de primacía resulta obligado, en la hermenéutica de las disposiciones legales, realizar una interpretación pro communitate de las normas internas.

Con anterioridad a la reforma de la [LOPJ](#) 7/2015, de 21 de julio, el principio de primacía del derecho comunitario, ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto por el TS (entre otras muchas, Sala 1ª, S-30/10/2013 <sup>2</sup>, Sala 2ª, S-13/2/20083, [Sala 3ª, S- 28/3/2014](#), y [Sala 4ª S-24/6/2009](#)), como por el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en sus [sentencias 145/2012 de 2 de julio](#), [26/2014, de 13 de febrero de 2014](#), [232/2015, de 5 de noviembre](#) y [13/2017, de 30 de enero de 2017](#), en las que el Tribunal Constitucional determina la aplicación preferente de la normativa europea cuando ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Ese **principio de primacía del derecho comunitario** ha sido elevado a rango legal, a través de la [LO 7/2015](#), de modificación de la [LOPJ](#), que introduce un nuevo artículo 4 bis, estableciendo en su apartado primero que los Jueces y Tribunales **aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE**.

En nuestro derecho interno los Tribunales deben tener presente, a la hora de aplicar el Derecho al caso concreto, la doctrina jurisprudencial emanada por TS, el TC, el TJUE y el TEDH (éste por aplicación de los artículos [10](#) y [96](#) de la [CE](#))<sup>4</sup>.

En su [sentencia número 36 de 14 de marzo de 1984](#), el TC resolvió que “La remisión que el [art. 10.2](#) de la [CE](#) hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.)”.

Y en la [sentencia número 26/2014, de 14 de febrero](#), el TC analiza la **primacía del derecho**

**européo** resolviendo en su fundamento de derecho segundo que: "producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión **sea compatible con sus principios y valores básicos**" (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2)".

La Sala 1ª del [TS en su sentencia de 30 de octubre de 2013<sup>5</sup>](#), interpretando una norma resultado de la transposición de una Directiva, en su apartado 43 resuelve que: "al tratarse de una norma resultado de la trasposición de una Directiva, es necesario interpretarla de acuerdo con el principio de primacía del Derecho europeo (en este sentido sentencias de esta Sala 321/2011, de 22 de junio y 1000/2011, de 17 de enero de 2012 , y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de mayo de 2011 , Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-115/09, apartado 53 , y de 8 de septiembre de 2011 , Francisco Javier Rosado, C-177/10 , apartado 51)".

Para un juez concurren dos obligaciones a la hora de resolver el caso concreto que se le plantea: debe **garantizar la supremacía de la Constitución frente a la Ley**, por un lado y, por otro, la aplicación preferente (primacía), en su caso del Derecho de la Unión frente a cualesquiera normas nacionales, siendo necesario para ello la correcta interpretación de este último ordenamiento<sup>6</sup>.

### III

## - El superior interés del menor

Como resuelve la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de julio de 2015 [[Ver](#)] , el principio de "primacía del interés del menor" preside toda la legislación estatal y autonómica en materia de infancia y adolescencia y, también, a nivel supranacional.

El [artículo 39.4](#) de la [Constitución](#) establece la obligación de los poderes públicos de **asegurar la protección de los menores de edad**, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A nivel supranacional el superior interés del menor viene reconocido en el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del Niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado por España y publicado el Instrumento de ratificación en el [BOE de 21 de febrero de 2015](#).

El artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que:

"Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

Por su parte la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio](#), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el apartado II de su Exposición de Motivos establece que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la **interpretación que mejor responda a los intereses del menor**.

La [LO 8/2015](#), modifica, entre otros, los artículos [2](#) y [9](#) de la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero](#) de Protección Jurídica del Menor (en adelante [LO 1/1996](#)), poniendo especial relieve en que los Tribunales **priman el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo** que pudiera concurrir y en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y entre las medias que deberán ser adoptadas, respetando las debidas garantías del proceso, se encuentra los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

La [sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de noviembre de 2015](#), hace referencia al concepto de interés del menor, desarrollado por la [LO 8/2015](#).

## IV

### - El principio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad cuando afecta a la vivienda familiar

El principio de proporcionalidad cuando afecta a la vivienda ha sido objeto de análisis por el TJUE.

El TJUE en su [sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13](#), en un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, en su apartado 64 estableció que: “en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137)”.

Y la citada [sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014](#), en su apartado 65 resolvió que “en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta”

La sentencia de la Sala 3ª del TS resuelve el recurso de casación en un procedimiento de autorización judicial para la entrada en un domicilio, como limitación al principio de autotutela administrativa, que tiene como único fundamento la **protección del derecho a la intimidad** proclamado en el [artículo 18.1](#) de la [Constitución](#), quedando circunscrita la actuación judicial a

examinar la regularidad formal del procedimiento del que dimana la Resolución administrativa para cuya ejecución forzosa se insta la autorización, sin que proceda en este momento controlar la conformidad o disconformidad del acto que se trata de ejecutar, ya que ha de efectuarse a través del recurso correspondiente. Corresponde en el procedimiento de autorización examinar si se han observado en la vía administrativa los requisitos formales como garantía de los administrados y, en todo caso, si la entrada en el domicilio solicitado es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de actuación administrativa.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, para confirmar la Resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo tuvo presente, entre otros fundamentos, la [sentencia del TC número 188/2013, de 4 de noviembre](#), que resolvió al respecto que: “en relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado [STC 139/2004, de 13 de septiembre](#), FJ2 “Que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse”....pues en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS para la formación de jurisprudencia analiza el alcance hermenéutico que ha de darse a lo dispuesto en los artículos [11](#) y [12](#) de la [LO 1/1996](#) y los apartados 1 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial a que se refiere el [artículo 18.2](#) de la [Constitución](#).

En particular el TS resuelve en la sentencia si resulta **exigible que el juez de lo Contencioso-Administrativo que conoce de la solicitud de autorización de entrada en un domicilio para su ulterior desalojo, tiene que contemplar en su juicio de ponderación la situación singular de los menores afectados y motivar en consecuencia.**

Para el TS los artículos [11](#) y [12](#) de la [LO 1/1996](#), en consonancia con el mandato establecido en los artículos [9.2](#) y [39](#) de la [Constitución](#), establece la obligación que se impone a todos los poderes públicos de proteger a los menores de edad ante cualquier situación de riesgo y de garantizar su desarrollo personal en **condiciones adecuadas** para procurar su integración social y familiar.

Por su parte para el TS la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que impone a todos los poderes públicos la obligación de velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños menores de edad, constituye un imperativo jurídico.

Y también el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que engloba el derecho a la inviolabilidad del domicilio, disposición que ha sido interpretada por el TEDH en el sentido de garantizar el derecho de protección jurídica de los menores.

Analiza, igualmente, el TS en la sentencia comentada, que conforme a la consolidada doctrina del TC, expuesta en las sentencias 50/1995, de 23 de febrero, [69/1999, de 26 de abril](#) y [188/2013, de 4 de noviembre](#), la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un

domicilio debe estar **debidamente motivada** y, consecuentemente, debe cumplir la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, de modo que pueda comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Importante, a mi entender (en la línea comentada en el apartado 65 de la [sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014](#) ,) es la referencia que se hace en la sentencia respecto de la jurisprudencia del TEDH y concretamente a las sentencias de 24 de abril de 2012 (caso Yordanova y otros contra Bulgaria) y de 17 de octubre de 2013 (caso Winsterstein y otros contra Francia), que declaran que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable y que esa proporcionalidad y razonabilidad será valorada por un tribunal atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal.

El TS considera que conforme a los parámetros normativos y jurisprudenciales que fundamenta en su sentencia, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, ha vulnerado las garantías procedimentales que se infieren de lo dispuesto en los artículos [18.2](#) y [24.1](#) de la [Constitución](#), en relación con lo dispuesto en los artículos [11](#) y [12](#) de la [LO 1/1996](#) y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al sostener, sin efectuar un previo juicio de las circunstancias concurrentes, que inciden en los derechos e intereses de los menores afectados por la ejecución de la decisión judicial, que la presencia de menores de edad en la vivienda cuyo desalojo se pretende en ejecución de una resolución del Instituto de la Vivienda de Madrid, es “**una cuestión de tipo social**” ajena al procedimiento judicial de autorización, que “**debe resolverse por los órganos administrativos municipales o autonómicos**”.

Sostiene el TS que en el supuesto enjuiciado era insoslayable la ponderación por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de los derechos e intereses de los menores afectados, porque previamente se había planteado por la recurrente ante los órganos judiciales que dicha vivienda era el hogar familiar donde convivía con su pareja y sus tres hijos en condiciones de extrema vulnerabilidad, debido a su situación económica, invocando la protección que debía otorgarse a sus hijos menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos [11](#) y [12](#) del [LO 1/1996](#) y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

El TS estima el recurso de casación, acordando nulidad de actuaciones, al contener la resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo una fundamentación inadecuada, por insuficiente, al **no haber efectuado un juicio sobre la proporcionalidad** de la medida adoptada, que incide en la esfera de protección de los derechos e intereses legítimos de los menores, que están abocados a desalojar la vivienda.

Resuelve el TS, que conforme al [artículo 8.6](#) de la [Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa](#), interpretada a la luz de la doctrina del TC y de la del TEDH, se desprende que el juez de lo Contencioso-Administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residen menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad y, en consecuencia, adoptar las medidas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores.

# V

## - Conclusión

A fin de garantizar los derechos fundamentales del menor, cuando afecta a la vivienda familiar en la que reside, reconocidos en el [artículo 39](#) de la [Constitución](#), artículos 7 y 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y artículos [11](#) y [12](#) de la [LO 1/1996](#), de Protección Jurídica del Menor, interpretando nuestra legislación nacional conforme a los **principios de convencionalidad** (artículos [10.2](#) y [96.1](#) de la [CE](#)) y **primacía del derecho comunitario** ([art. 4 bis](#) de la [LOPJ](#)), la jurisprudencia fijada por la Sala 3ª del TS, en su sentencia número 1797/2017, de 23 de noviembre, debería ser considerada por el resto de órdenes jurisdiccionales, con respecto a un desalojo que constituye la vivienda familiar y en la que conviven hijos menores, adoptando las medidas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores.

[1] Ver más ampliamente Capítulo II, páginas 149 á 161 de la obra "Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente", dirigida por Izquierdo Blanco, P y Picó i Junoy, J, Editorial Bosch (2014).

[2] Roj: STS 9153/2012

[3] Roj: [STS 1028/2008](#)

[4] Ver mas extensamente el artículo del profesor Pablo Nuevo Lopez "Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Revista Catalana de Dret Públic. Núm 50, 2015.

[5] Roj: STS 9153/2012

[6] Cruz Villalón, P y Requejo Pagés, JL. "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad". Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm 50, pgs. 173-194.