

## Suplemento

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**12724** *Sala Segunda. Sentencia 186/2013, de 4 de noviembre de 2013. Recurso de amparo 2022-2012. Promovido por doña G.V.A., en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cádiz, que desestimaron su impugnación de la resolución de expulsión dictada por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz. Supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar y de las libertades de circulación y residencia: orden de expulsión del territorio nacional que no impide a la hija menor de edad el disfrute efectivo de sus libertades de circulación y residencia; el derecho a la vida familiar no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar (STC 60/2010). Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2022-2012 promovido por doña G.V.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Sáez Angulo y defendida por el Abogado don Javier Sánchez Sánchez, contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que confirma en apelación la Sentencia de 30 de marzo de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, que a su vez estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo administrativo de expulsión de la recurrente, resuelto por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz de 21 de septiembre de 2009. Ha comparecido la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de abril de 2012, doña G.V.A. interpuso recurso de amparo contra los actos administrativos y las resoluciones judiciales indicadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. La demanda tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El 27 de agosto de 2009 se incoó procedimiento administrativo sancionador respecto de la ciudadana argentina doña G.V.A. al hallarla sin la documentación exigible para residir en España y comprobar que cumplía una pena privativa de libertad superior a un año como autora de una conducta dolosa. Al día siguiente la recurrente expuso mediante alegaciones escritas que era madre de una niña de tres años, nacida en España de una relación sentimental con un ciudadano español, y por tanto de nacionalidad española, que residía en casa de la madre del padre, quien también se encontraba en prisión y sobre esta base solicitó el archivo del expediente. El 21 de septiembre de 2009

la Subdelegación del Gobierno en Cádiz dictó resolución por la que se ordenaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por 10 años, que justificaba en la entrada y estancia irregular en España de la actora [art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en adelante LOEx] y en el cumplimiento de una pena privativa de libertad superior a un año como autora de un delito doloso (57.2 LOEx).

La recurrente interpuso recurso de reposición, en el que argumentaba que su relación sentimental con un ciudadano español y la existencia de una hija común española, que en ese momento residía en casa de su abuela materna, implicaba la concurrencia de circunstancias excepcionales que hacía desproporcionada la sanción de expulsión. La Subdelegación del Gobierno en Cádiz, mediante resolución de 4 de marzo de 2010, rechazó la desproporción de la medida en atención a la estancia ilegal en España, la ausencia de documentación y la condena por delito doloso a pena privativa superior a un año, indicando que la infracción tipificada en el art 57.2 LOEx estaba sancionada con expulsión «por lo que no cabe la sanción de multa».

b) Deducido recurso contencioso-administrativo, fundado en los mismos motivos que la reposición, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, en Sentencia de 30 de marzo de 2011, lo estimó parcialmente en el sentido de rebajar la prohibición de entrada en territorio español a cinco años, considerando ajustada a Derecho en los demás extremos la resolución administrativa de expulsión.

La Sentencia razona que el arraigo familiar invocado no puede considerarse ya que «solo enervaría, en su caso, la expulsión relativa a la estancia ilegal de la recurrente... pero en ningún caso la causa de expulsión consistente en la comisión previa de un delito grave», pues el art. 57.2 LOEx «no contempla otra respuesta que la expulsión», aludiendo en apoyo de este criterio a una «sentada doctrina jurisprudencial», de la que sería ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de noviembre de 2010, cuyos argumentos transcribe. Y rechaza expresamente que sean aplicables al caso las excepciones previstas en los arts. 57.5 b), al no prever el art. 57.2 «la expulsión como alternativa o en sustitución de la multa e imponerla de forma imperativa y como única consecuencia legal posible», y 57.6 LOEx, «pues no concurre ninguno de los supuestos que prevé».

c) Dicha Sentencia fue objeto de recurso de apelación, que desestimó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, mediante la Sentencia de 13 de marzo de 2012, que es la resolución judicial contra la que se dirige el recurso de amparo. Los motivos de apelación, que se centran en la falta de ponderación de las circunstancias de arraigo que concurren en el caso, son desestimados en esta Sentencia «al servir para rechazarlos los mismos razonamientos que fueron empleados por dicha sentencia de instancia, y que por acertados merecen ser asumidos también por esta Sala». A continuación, tras reproducir el contenido del art. 57.2 LOEx, expresó que «en dicho supuesto la expulsión es la única sanción prevista, sin que resulte de aplicación el art. 57.5 como se pretende. El arraigo familiar alegado no puede tampoco servir para evitar la expulsión en el supuesto de autos de condena privativa de libertad superior a un año, al estar la consecuencia expresamente establecida en la ley Orgánica, por lo que la anulación de la sanción supondría dejar de aplicar la ley».

3. Previamente a la demanda, se presenta escrito de 4 de abril de 2012 en el que, aparte de esgrimir los argumentos en que sustenta su pretensión de amparo, la recurrente solicita que se le designe Abogado y Procurador de oficio. En la página 12 de ese escrito expone que «de acuerdo con lo establecido en el art. 43 de la LOTC, el plazo para interponer el recurso de amparo es de veinte días desde la notificación de la sentencia que agota la vía judicial». En la página 14, bajo el epígrafe «artículos en que basamos el amparo», se limita a citar los arts. 18 y 19 CE y a precisar que «la lesión invocada es directamente imputable a la resolución que decretó la expulsión de territorio nacional que ha sido confirmada reiteradamente en vía administrativa y jurisdiccional». Y en el suplico pide que se reconozca que se han vulnerado los derechos constitucionales consagrados

en los arts. 18 y 19 CE y que, en su virtud, «se declare la nulidad de los actos y sentencias confirmatorias de los mismos».

En el escrito de demanda, registrado en este Tribunal el 31 de julio de 2012, la actora afirma, en los fundamentos de Derecho procesales, que «de acuerdo con lo establecido en el art. 43 de la LOTC, el plazo para interponer el recurso de amparo es de veinte días desde la notificación de la sentencia que agota la vía judicial». En el suplico del mismo, como en el encabezamiento, se precisa que la demanda de amparo se dirige contra «la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2012». Además, también en el suplico se pide que se «otorgue el amparo solicitado y: 1.º Reconozca el derecho del demandante a la intimidad familiar, garantizado en el art. 8.1 de la Constitución española (sic); 3.º Declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de marzo de 2012, dictada en recurso de apelación nº 570/11 frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cádiz en recurso número 445/10 (sic); 4.º Retrotraiga las actuaciones al momento anterior a dictarse la Sentencia cuya nulidad se solicita a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con respeto a los derechos fundamentales reconocidos, dicte la resolución que proceda».

La argumentación que sostiene este *petitum* se centra en que la Sentencia impugnada, al rechazar que la «situación de arraigo» presente en la actora pueda tomarse en cuenta y con base en ella anular la resolución administrativa de expulsión, vulnera el art. 18.1 CE (que es a lo que en realidad alude el suplico cuando por error se refiere al art. 8.1 CE) y el art. 19.1 CE, lo que razona en los siguientes términos: «Si la niña permaneciera en España, a pesar de ser española y ser éste su país, tras la expulsión de [G.V.A.] por aplicación de la normativa de extranjería, la menor quedaría sin ningún progenitor que ejerciera la patria potestad para atender a sus necesidades, que la cuide en territorio español, al encontrarse la pareja de [G.V.A.] y padre de la niña actualmente en prisión y en los próximos dos años privado de libertad. Si como consecuencia de la expulsión de la madre la niña viajara con su progenitora a Argentina, como es lo lógico, al no tener otra persona que ejerza la patria potestad y la guarda y custodia en territorio español, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del art. 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, entendemos que la menor española vería vulnerado el derecho que le reconoce el art. 19 CE puesto que al expulsar a su progenitora, estando el otro progenitor en prisión sin poder hacerse cargo de la menor, se la forzaría necesariamente a abandonar el territorio español. Ello es contrario al art. 19 CE, puesto que de forma indirecta se fuerza a la niña a abandonar su propio país, sin dejarle elegir libremente su residencia».

La demanda examina el art. 18.1 CE en el fundamento de Derecho material primero y reconoce, transcribiendo en lo relevante la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que es cierto que, según la doctrina constitucional, el derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) configura un haz de facultades más amplio que el derecho a la intimidad familiar ex art.18.1 CE, pero enfatiza acto seguido que «no lo es menos que, a tenor del art 10.2 CE, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En este sentido resulta de especial relevancia en la interpretación y aplicación de las garantías contenidas en el art. 18.1 CE la doctrina generada al efecto por el TEDH, de la que procede destacar en estos momentos la muy reciente sentencia de 10 de abril de 2012, *asunto K. A. B. contra el Reino de España*, en la que declara que las autoridades españolas han vulnerado el derecho a la intimidad familiar garantizado en el art. 8 CEDH al analizar la expulsión de la

madre extranjera de un menor quien, tras la expulsión de la madre, fue llevado a un centro asistencial y posteriormente asignado a una familia de acogida hasta su adopción». Y, continúa diciendo la demanda, «en el mismo sentido se pronunció el TEDH en el *Asunto Kiyutin contra Rusia* en la Sentencia de 10 marzo en la que se enjuicio un caso en el que por motivos de salud por parte de Rusia se procede a la denegación de permiso de residencia a ciudadano uzbeko, casado con ciudadana rusa y padre de un niño nacido ruso, al dar positivo en las pruebas del VIH en el chequeo médico exigido».

En la misma línea, si bien que al argumentar la especial trascendencia constitucional del asunto, la demanda resalta que, aparte de los criterios sistemáticamente enumerados en la STC 155/2009, el Tribunal Constitucional ha admitido de forma casuística diversos recursos de amparo por razones de necesidad imperiosa de protección de determinados derechos especialmente vinculados a la dignidad humana, y entre ellos ha estimado sendos recursos de amparo (SSTC 145/2011, de 26 de septiembre, y 140/2009, de 15 de junio) frente a órdenes de expulsión de un extranjero del territorio nacional, en los que los recurrentes invocaban «la infracción del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), porque las circunstancias de arraigo alegadas por el sancionado no fueron examinadas por la Administración». De otro lado, continúa diciendo la demanda, «la trascendencia del pronunciamiento es enorme puesto que existen muchos casos similares en las cárceles españolas, donde hay programas especializados en expulsiones».

Por todo ello, concluye el recurrente, «en este caso, la protección del orden público a que obedece la medida sancionadora de expulsión se lleva a cabo por las autoridades españolas de forma que suponen una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad familiar de mi representada y su hija menor de edad —a pesar de su previsión legal, como ocurría en la legislación rusa—, por lo que se ha lesionado el derecho fundamental garantizado a mi mandante en el art. 8.1 (sic) de la Constitución española».

En la demanda de amparo, mediante otrosí, se solicita «la suspensión de la resolución impugnada y, con ella, de la sanción administrativa que la misma confirma».

4. Por providencia de 11 de abril de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y, en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, a fin de que, respectivamente, en el plazo de diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 570-2011 y al recurso contencioso-administrativo 445-2010, y se emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimasen pertinente.

5. Mediante providencia de la misma fecha la Sala Segunda de este Tribunal acordó formar pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión en los términos del art. 56 LOTC y, tras las alegaciones de las partes, se dictó el ATC 116/2013, de 20 de mayo, por el que se resolvía conceder la suspensión solicitada.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, por diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de 24 de mayo de 2013, acordó tener por personado al Abogado del Estado y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de la demandante evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 21 de junio de 2013, en el que reproduce las alegaciones formuladas en su escrito de demanda.

8. El Abogado del Estado, en escrito registrado el 26 de junio de 2013, formula sus alegaciones y, en su virtud, interesa la inadmisión del recurso en cuanto a la invocación del art. 19 CE y su desestimación por lo que hace a la pretendida vulneración del art. 18.1 CE. Y subsidiariamente la desestimación de todo él.

Alega, en primer término, que la recurrente carece de legitimación activa, al menos por lo que hace a la invocación del art. 19 CE. Resalta que, a pesar que este precepto reconoce un derecho propio de los españoles, el amparo no se pretende para la hija menor española, pues el recurso no se interpone en nombre de la hija y porque ésta no fue parte en los procesos mediante los que se agotó la vía judicial previa, sino en provecho de la recurrente que es argentina.

Respecto al fondo, y comenzando por la invocación del art. 18.1 CE, esta parte destaca que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al art. 8 CEDH es eminentemente casuística y se halla más concernida por el problema que plantean los vínculos conyugales en el país de acogida que por la existencia de hijos menores, siendo estos últimos una circunstancia más a valorar junto con otras, tales como la duración de la estancia en el país, la gravedad de la infracción o del delito cometidos si fuesen la causa de expulsión, el tiempo transcurrido desde su comisión y la conducta del interesado en el mismo, la situación familiar y si la pareja lleva una vida familiar efectiva y real, el grado de asunción de las costumbres, idioma y en general de integración en el país del que se le expulsa, la gravedad de las dificultades que la persona que es expulsada o su cónyuge o hijos podrán hallar en el país de destino; notas que tomadas en conjunto podrán ofrecer un fundamento jurídico para reputar que una medida de expulsión es injustificada en una sociedad democrática (STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza* [ap. 48]), lo que ocurrirá si, de alguna manera, con la expulsión la vida familiar entre madre e hija no fuera posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico.

Atendiendo a estos criterios, el Abogado del Estado enfatiza los siguientes datos: a) la actora solo residía en España desde 2005 y en parte su estancia ha estado ligada a la condena penal cuyo cumplimiento terminó en 2011; b) solo pudo empezar a rehacer su vida desde la puesta en libertad, lo que sucedió en un momento demasiado reciente a efectos de apreciar un posible arraigo; c) es cierto que la actora mantuvo una relación sentimental con un ciudadano español, de la que nació su hija, pero, además que dicho progenitor estará en prisión hasta 2014, no se llegó tampoco a contraer matrimonio y en la actualidad ya no continúa tal relación sentimental; d) siendo la interesada nacional argentina y habiendo residido en su país hasta 2005, nada impide que siga conviviendo con su hija menor, legalmente y de hecho, en el país de destino. Y concluye que, conforme a estos hechos, no se da en este caso una situación especial que permita estimar que la vida familiar suponga, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un límite al margen de apreciación que tiene el Estado al definir su política de extranjería.

Tampoco se conculca, a su juicio, el derecho a la libre circulación de los españoles por el territorio nacional y la imposibilidad jurídica de su expulsión ex art. 19 CE, en la medida en que la eventual salida de la hija menor junto con su madre no sería un acto forzoso sino una alternativa de libre elección, puntualizando que, teniendo en cuenta la condición de menor de edad de la niña, materializar esa opción incumbe al progenitor que ostente la patria potestad, que en este caso, según el art. 156 del Código civil, es la madre, porque el padre está en prisión.

Por último, el Abogado del Estado arguye que, como destaca la Sentencia recurrida, el art 57.2 LOEx prevé en estos casos —comisión de delito doloso castigado con pena de prisión de más de un año de duración— la expulsión como medida incondicionada, no siendo de aplicación las excepciones que con apoyo en la situación de arraigo del extranjero contemplan los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEx, lo cual no resulta desproporcionado a la hora de hacer una regulación general de preservación del orden público y de puesta en práctica de una política de extranjería, y menos aún en el caso que motiva este recurso de amparo, en el que la efectiva ejecución de la medida de expulsión

no implica necesariamente una separación física entre la nacional argentina objeto de expulsión y su hija española menor de edad.

9. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 16 de julio de 2013, formula sus alegaciones interesando la desestimación íntegra del recurso.

Se pretende en la demanda, según el Fiscal, que la madre no sea expulsada alegando para ello derechos que en realidad son del padre (art. 18.1 CE) y de la hija (arts. 18.1 y 19 CE), no acreditándose que éstos estén representados por la madre, pudiendo incluso existir un conflicto de intereses entre ellos.

Acto seguido, respecto a la invocación del derecho a la vida familiar al amparo del art. 18.1 CE, y adoptando una perspectiva puramente fáctica, el Fiscal entiende que la expulsión de la recurrente no empeora la situación familiar preexistente, pues la convivencia ya había sido interrumpida al ingresar en prisión el padre y la madre, quedando la niña sin la compañía de ambos. Además, no habiéndose acreditado la existencia de una decisión judicial que regule la patria potestad, resulta aventurada la hipótesis de que la niña vaya a quedarse necesariamente bajo la custodia de la madre, premisa de la que se deriva su probable salida de España junto con la madre. Incluso en ese supuesto no es descartable que el padre al abandonar la cárcel en 2014 pudiera decidir ir a vivir en proximidad de la niña, de modo que el derecho a relacionarse entre sí no sufriría afectación. Para el Fiscal un panorama como el descrito no justificaría, por demasiado incierto, una decisión que se separase de la legalidad literal y contundente del art. 57.2 LOEx.

Luego, ya en el plano jurídico, el Fiscal recuerda (con extensas referencias a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 60/2010, de 7 de octubre) que el derecho a la vida familiar no está incluido en el ámbito de protección del art. 18.1 CE, de modo que una separación familiar supuestamente forzada por una expulsión de un extranjero no tendría necesariamente en nuestro diseño constitucional encaje en ese precepto, sino más bien en la esfera de tutela del art. 39 CE, donde se proclama la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los niños, bienes jurídicos que estarían fuera de lo que constituye objeto del recurso de amparo al no basarse en un derecho fundamental.

El Fiscal añade que no cabe afirmar que el principio de protección a la familia o el pretendido derecho subjetivo a la relación paterno-filial o a la convivencia tenga un alcance absoluto, pues, so pena de incurrir en absurdos, ha de ceder en los casos de imposición de condenas penales de privación de libertad, en los de adopción de medidas de alejamiento de agresores en el ámbito doméstico y en los de medidas reguladoras de las rupturas de matrimonios y uniones de hecho con hijos. En el mismo sentido, en este caso la efectividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, del *ius puniendi* y de los fines de la pena, o el derecho a la seguridad y el orden público que debe garantizarse a las personas, tendrían primacía sobre el mantenimiento a ultranza sin modulaciones de la convivencia familiar. Recuerda en apoyo de esta tesis que en el ATC 54/2010, de 19 de mayo, se rechazó por notoriamente infundada una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el entonces art. 31.4 LOEx, por posible vulneración del art. 39 CE en cuanto que dicho precepto exigía la carencia de antecedentes penales en España como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero y razona también que en las SSTC 145/2011, de 26 de septiembre y 140/2009, de 15 de junio, alegadas por la actora en su favor, aunque se apoyaban en que la expulsión del territorio nacional era desproporcionada dado el arraigo familiar del afectado, la estimación del recurso obedeció a otros criterios. Así, en la STC 145/2011 se apreció lesión del derecho de defensa (24.2 CE) sobre la base de que la decisión administrativa que impuso la sanción de expulsión del territorio nacional, en lugar de la sanción de multa prevista por la Ley con carácter general, se fundó en datos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, no habiéndose dado traslado de la misma al interesado.

Por su parte, en la STC 140/2009 se declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque la Administración no motivó la preferencia por imponer a un extranjero que carecía de documentación de residencia la sanción de expulsión del territorio nacional

en vez de la sanción de multa prevista por la Ley con carácter general. En este caso, por el contrario, las resoluciones administrativas y judiciales no incurrir en ningún déficit de motivación, pues justifican su decisión de expulsión en que el art. 57.2 LOEx impone imperativamente tal sanción, de modo que, aun existente la situación de arraigo alegada por la afectada, la misma no podía tenerse en cuenta porque los apartados 5 y 6 del referido art. 57, que contemplan tales circunstancias excepcionales, no son aplicables al caso del art. 57.2 LOEx.

El Fiscal termina exponiendo que tampoco el derecho a residir y circular libremente por territorio español de la menor española (art. 19 CE) se ve restringido, pues, como ya destacó al referirse a la vertiente fáctica, la expulsión de la madre no determina indefectiblemente que la hija menor salga de España y, caso de salir, podrá entrar cuando lo desee.

10. Por providencia de 31 de octubre de 2013 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de noviembre de 2013.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que confirmó en apelación la resolución administrativa por la que se acordó la expulsión del territorio nacional de la recurrente, y tiene por objeto examinar si vulneró el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) o el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE).

La recurrente sostiene, como ha quedado expuesto en los antecedentes, que se lesiona la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y se vulneran los derechos reconocidos en el art. 19 CE.

El Abogado del Estado, en los términos reseñados en los antecedentes, solicita la inadmisión parcial del recurso, por lo que hace a la invocación del art. 19 CE, por considerar que la recurrente al alegarlo está invocando derechos de un tercero, y la desestimación de todo lo demás. Subsidiariamente, suplica la desestimación íntegra del recurso.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, con el detalle descrito en los antecedentes, pide la desestimación íntegra del recurso, por entender que la intimidad familiar ex art. 18.1 CE no comprende el «derecho a la vida familiar» en que se apoya la actora y, de otro lado, en lo atinente a la invocación de los derechos tutelados por el art. 19 CE, porque expulsar a ésta del territorio nacional no supone para su hija menor española una obligación jurídica de abandonar España.

2. Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, procede analizar el óbice procesal en virtud del cual el Abogado del Estado insta la inadmisión, al menos parcial, de este recurso de amparo, consistente en la falta de legitimación activa de la recurrente derivada de que no es titular de los derechos que invoca, ni tampoco representa a los titulares en lo concerniente a la invocación del art. 19 CE.

No podemos acoger tal alegación, pues, como se estableció en la STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 2, «ex arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC, la legitimación activa para recurrir en amparo resoluciones judiciales corresponde a toda persona natural o jurídica que, habiendo sido parte en el proceso judicial precedente, invoque un interés legítimo. Aun sin consagrar la acción popular, la legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o al titular del derecho infringido, sino también a quien ostente un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo e incluso interés directo (SSTC 60/1982, de 11 de octubre, 97/1991, de 9 de mayo y 214/1991, de 11 de noviembre). Es 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 (SSTC 201/1987, de 16 de diciembre, 257/1988, de 22 de diciembre, 25/1989, de 3 de febrero, 123/1989, de 6 de julio y 25/1990, de 19 de febrero)».

En este caso la recurrente, a pesar de no ser titular de los derechos invocados, cumple los dos requisitos exigidos por la doctrina constitucional referida para que se le reconozca legitimación activa. De un lado, consta que fue parte en el proceso judicial en el que se dictó la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que es la resolución judicial frente a la que se dirige el recurso de amparo. De otro, la actora sostiene que, de estimarse por este Tribunal que el juez *a quo* ha vulnerado los derechos fundamentales invocados de los que es titular la hija o el padre, la Sentencia que otorgase el amparo produciría en su ámbito jurídico propio una ventaja en sentido jurídico, lo que acredita que ostenta un interés legítimo en que se tutelen tales derechos fundamentales.

Los razonamientos expuestos conducen a rechazar la inadmisión de falta de legitimación de la parte actora en lo concerniente a la vulneración del art. 19 CE, aducida por la Abogacía del Estado.

3. Al abordar las cuestiones de fondo resulta imprescindible, en primer término, delimitar el objeto de este proceso constitucional, partiendo para ello de la constante doctrina constitucional según la que, con las palabras de la STC 77/2008, de 7 de julio, FJ 4, «pesa sobre el recurrente la carga de facilitar a este Tribunal las alegaciones fácticas y jurídicas precisas a fin de dilucidar si ha mediado vulneración de los derechos fundamentales para cuya protección se interesa el otorgamiento del amparo constitucional (entre otras, SSTC 155/1999, de 14 de septiembre, FJ 1; 100/2003, de 2 de junio, FJ 2; 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; y 155/2007, de 2 de julio, FJ 1)».

La demanda adolece de falta de claridad en su planteamiento, pues aunque se articula por el cauce del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y se funda en los arts. 18.1 y 19 CE, en su encabezamiento afirma expresamente que se promueve contra la Sentencia de 13 de marzo de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y en el suplico lo único que se pide es que, reconociéndole la lesión del derecho fundamental garantizado por el art. 18.1 CE, se anule la referida Sentencia dictada en apelación y se retrotraigan las actuaciones.

Ahora bien, lo que resulta indiscutible, y a la par determinante del debate procesal que debe resolver este Tribunal, es que la recurrente, a pesar de impetrar el amparo frente a una resolución judicial, no funda su queja en una eventual lesión del art. 24.1 CE, sino en la vulneración de los arts. 18.1 y 19 CE en que esa Sentencia incurre a su juicio, de donde se sigue que este Tribunal, de acuerdo con la doctrina constitucional indicada, ha de contraer su examen a verificar el análisis efectivo de la supuesta vulneración de esos dos derechos fundamentales.

A la misma conclusión conduce el análisis del escrito que previamente presentó la recurrente el 4 de abril de 2012, pues en él, como se expuso con detalle en los antecedentes, los únicos derechos cuya vulneración se argumenta son los consagrados en los arts. 18 y 19 CE, imputándose directamente la lesión a la decisión administrativa de expulsión y extendiéndola a las resoluciones jurisdiccionales en la medida que son confirmatorias de la misma y no porque supongan una vulneración autónoma de derechos fundamentales.

4. Respecto de la invocación que se efectúa del art. 19 CE, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que en varias situaciones resultaba afectado el espacio vital protegido por los derechos reconocidos en el art. 19 CE, aunque acabase resolviendo que no había vulneración de los mismos porque tal restricción estaba justificada por un fin constitucionalmente legítimo y era proporcionada. Entre ellas se cuentan, por mencionar los supuestos más relevantes, la libertad provisional con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), la medida cautelar



consistente en la residencia obligatoria en determinado lugar adoptada en el seno de procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión del extranjero (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5), la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellas otras personas que determine el juez o tribunal, que es de imposición obligatoria en los delitos a que alude el art. 57.2 del Código penal [por todas, STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 a)] y la extradición pasiva de un nacional español (STC 205/2012, de 12 de noviembre, FJ 4), apreciándose como denominador común en todos estos supuestos que la restricción a las libertades garantizadas en el art. 19 CE viene determinada por un vínculo forzoso, ya se trate de una obligación en positivo o de una prohibición de hacer algo.

Distinto es el caso en que, debido a las circunstancias coyunturales de una persona, un acuerdo del poder público pueda condicionarle, incluso de un modo especialmente intenso, a la hora de optar entre las alternativas de decisión que se le presentan. Podría decirse, además, que este criterio es el que late en la STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 5, donde afirmamos que «no puede considerarse vulneración de la libertad de residencia, en tanto no impidan que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas regiones. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción, habida cuenta de los “beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar... por el mero hecho de la residencia” (STC 8/1996, FJ 3); por lo que no cabe apreciar la vulneración del derecho reconocido en el art. 19 CE».

En este caso, 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 se 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, como resaltan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, de alternativas de elección que, al menos formalmente, no resultan mermadas por el acuerdo administrativo que subyace en esta impugnación. Por todo ello, de aplicar sin más la *ratio* que deriva de la doctrina constitucional reseñada habríamos de concluir que la actuación pública recurrida en este recurso de amparo no vulnera las libertades que el art. 19 CE garantiza.

5. Ahora bien, siendo en este caso una menor de edad la titular de las libertades del art. 19 CE implicadas, la configuración de éstas debe ser modulada desde una doble perspectiva.

El primero de los matices es derivación de la doctrina constitucional según la que los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución Española, aunque no son por sí mismos susceptibles de amparo, constituyen elementos hermenéuticos de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 154/2006, de 22 de mayo, FJ 3). En este sentido debemos tener presente que el art. 39.4 CE establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), prevé que en las decisiones de las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidos los niños debe considerarse el interés de éstos de un modo principal, relevancia interpretativa del interés superior del menor que se ha puesto de manifiesto en la reciente doctrina constitucional (SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; y 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5).

En segundo lugar, es de la mayor relevancia recordar que, como se apuntaba en la STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6, «ni la Constitución (SSTC 47/1987, 194/1987, 176/1988 y 8/1990) ni el Convenio (SSTEDH de 9 octubre 1979, caso *Airey* y 13 mayo

1980, caso *Artico*) consagran derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos», doctrina reiterada posteriormente por este Tribunal (por todas, SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3; y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 5). En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 (asunto C-34/09), *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi (ONEm)*, refiriéndose a un ámbito material muy cercano al que nos ocupa, afirma «el art. 20 [del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea] se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto».

Combinando estas dos notas procede afirmar 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 art. 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 porque solo dicho progenitor pueda asumir su manutención. Argumentar, en estas circunstancias 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.

Para resolver este proceso constitucional conforme a esta *ratio* hay que partir de las circunstancias particulares del caso concreto. En primer lugar, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la menor de nacionalidad española es hija de la afectada por la decisión administrativa de expulsión y actualmente vive con ella, pero es igualmente indiscutido que la madre no es la única progenitora conocida y residente en España, así como que no hay resolución administrativa o judicial que le atribuya en exclusiva los derechos de guarda y custodia sobre la niña. En efecto, consta quién es el padre, el cual no solo reside en España sino que es español de origen y, aunque está en prisión por el mismo delito que estuvo la madre, está cercano (2014) el cumplimiento de su pena. Adicionalmente, como reconoce la propia demandante, la menor de edad ha convivido efectivamente con su abuela paterna y con su abuela materna mientras su madre ha estado en prisión, siendo éstas quienes durante esos períodos de tiempo han asumido su manutención.

Por todo ello, 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.

6. A partir de esta situación procede analizar la eventual afectación al otro derecho fundamental invocado en la demanda de amparo, que es el «derecho a la vida familiar» que la recurrente considera comprendido en la intimidad familiar ex art. 18.1 CE, no pudiendo descartarla sobre la base de que una de las posibilidades fuese que la hija menor siguiera en compañía de su madre en el país de destino, pues ello privaría de efectividad al derecho examinado en el fundamento jurídico anterior.

En este punto y sobre el contenido y alcance del derecho a la intimidad familiar que reconoce a todas las personas el art. 18.1 CE existe una doctrina constitucional consolidada que procede recordar. En la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11, precisamente en relación a si era constitucional la remisión al reglamento que los arts. 16 a 18 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) contenían en materia de reagrupación familiar o

contradecía las reservas de ley prevista en los arts. 81.1 y 53.1 CE, declaramos que «el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52) ... Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso *Dalia*, de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54)».

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas en SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz c. Reino Unido* y 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Países Bajos*), reconoce que el derecho de reagrupamiento familiar posteriormente regulado en la Directiva 2003/86/CE del Consejo sólo es viable en el supuesto de imposibilidad de vida familiar en ningún otro lugar, y en la STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, se deja un margen de apreciación a los Estados en aplicación de las normas de extranjería.

En todo caso, en la misma Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, matizamos que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE» y dijimos en esa misma resolución que el art. 18 CE «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE 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). Y precisado que el derecho a la intimidad “se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a 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. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988)” (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

Posteriormente, en la STC 60/2010, de 7 de octubre, resolviendo acerca de qué principios o derechos constitucionales se ven restringidos como consecuencia de la adopción de la pena de prohibición de aproximación a la víctima de los delitos aludidos en el art. 57.2 Código penal, reiteramos literalmente el criterio expuesto de la citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y, a continuación, concluimos que «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 e íntimas de los hombres” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)», puntualizando inmediatamente después que «la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha

deducido de este precepto un “derecho a la vida familiar”, debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que “nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH” (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido, ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional».

7. En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), 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.

Por todo ello, verificado que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno-filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, corresponde desestimar también este segundo motivo de amparo.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Rechazar la falta de legitimación de la parte actora, en lo concerniente a la vulneración del art. 19 CE, aducida por el Abogado del Estado y desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña G.V.A.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formulan los Magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2022-2012*

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la Sentencia, formulamos el presente Voto, dejando constancia de los fundamentos de nuestra posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendimos en la deliberación de la Sala.

1. Nuestra discrepancia con la Sentencia aprobada por la mayoría comienza desde el mismo relato fáctico recogido en los antecedentes que preceden a la fundamentación jurídica, a la que nos referiremos posteriormente, y que, por su insuficiencia e incorrección, condiciona el posterior enjuiciamiento del recurso de amparo, determinando la exclusión y no contestación de alguna otra concreta queja articulada de manera efectiva por la demandante o su errónea apreciación.

Ante todo, es preciso aclarar qué impugnaba la actora en el presente recurso de amparo, porque ésta es una cuestión en la que la Sentencia de la que discrepamos se mueve en una cierta indefinición, cuya responsabilidad se trata de trasladar a las deficiencias técnicas de las que, según se afirma, adolece la demanda. Basta examinar el escrito presentado por el Abogado de la recurrente el 4 de abril de 2012, que aparece firmado en prueba de conformidad por la propia demandante, para constatar que la inequívoca voluntad de ésta era la de dirigir su recurso de amparo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz, de 21 de septiembre de 2009, por la que se decretaba su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en todo el territorio Schengen durante un plazo de diez años (plazo reducido a cinco años por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz de 30 de marzo de 2011), y contra la resolución del mismo órgano administrativo de 4 de marzo de 2010, resolutoria del recurso de reposición interpuesto contra la anterior y que la confirma en todos sus términos. Este escrito, al que se refiere el antecedente 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría, era, en nuestra opinión, una auténtica y completa demanda de amparo, que cumplía los requisitos previstos en el art. 49 LOTC, con identificación precisa de los actos administrativos contra los que se dirige, incluyendo el relato de hechos y la argumentación acerca de los derechos fundamentales vulnerados, y, finalmente, recogiendo claramente en el *petitum* la pretensión que se articulaba, solicitando que se tuviera por interpuesto en tiempo y forma recurso de amparo. La demanda se encontraba firmada por el Letrado defensor y —como se ha dicho— por la propia recurrente, que se ratificó posteriormente en su contenido a instancia de este Tribunal. Pues bien, aunque el Letrado y el Procurador posteriormente designados de oficio para defender y representar a la actora en el presente recurso redactaran una nueva demanda dirigiendo la impugnación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, de 30 de marzo de 2011 (PA núm. 445-2010) y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 13 de marzo de 2012 (apelación núm. 570-2011), lo cierto es que la voluntad impugnatoria de la recurrente ha sido muy clara desde el principio, siendo significativo que, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite del art. 52.1 LOTC, se precise este extremo, solicitando la anulación de las resoluciones administrativas, cuestión que se silencia en el antecedente 7 de la Sentencia, al referirse a dicho escrito. Por lo demás, y a pesar de las deficiencias técnicas que se achacan a esa segunda demanda, elaborada y presentada por el Letrado y el Procurador designados de oficio, basta una lectura detenida de la misma para constatar que las vulneraciones de derechos fundamentales se imputan esencialmente a las resoluciones administrativas, razón por la cual el recurso se articula con fundamento en el art. 43 LOTC.

2. Aclarado lo anterior, hemos de manifestar nuestra más absoluta discrepancia con el contenido que en el antecedente 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría se asigna al inicial escrito de demanda presentado el 4 de abril de 2012, y al posterior, registrado el 31 de julio de 2012. En ambos casos se omite la referencia a una queja debidamente articulada por la recurrente, dirigida a denunciar la vulneración del art. 24.1 CE por parte de las resoluciones administrativas impugnadas, remachándose esta omisión con la afirmación, contenida en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia, de que resulta indiscutible que la recurrente «no funda su queja en una eventual lesión del art. 24.1 CE». Y, sin embargo, tal afirmación dista de ser cierta, porque la actora sí denuncia la expresada vulneración. En efecto, aunque en el antecedente 3 sólo se mencionen las páginas 12 y 14 de ese inicial escrito, señalando que el recurso se interpone de acuerdo con el art. 43 LOTC y que se limita a citar los arts. 18 y 19 CE, lo cierto es que, a lo largo de la página 4

y comienzo de la 5, se denuncia la vulneración del art. 24.1 por la resolución administrativa impugnada, aduciendo que no responde a las alegaciones de la actora, que utiliza un formulario, que realiza afirmaciones falsas contradichas por los documentos aportados al expediente, que no es congruente con lo alegado y con las circunstancias del caso, que ni se ha comprobado ni se ha rebatido la documentación aportada, todo lo cual, dice textualmente: «produce una total incongruencia, y anula la resolución por falta de motivación, generando indefensión de la interesada contraria al art. 24.1 de la Constitución» (denuncia que se reitera en la página 10). Asimismo, se alega en la página 5 que la sanción es desproporcionada, habida cuenta de los argumentos que se expusieron ante la Administración y que ésta ignoró, argumentos que se vuelven a reproducir a continuación en las páginas 5 a 7, incidiendo de nuevo, en esta última, en el principio de proporcionalidad, acompañada de cita de doctrina jurisprudencial tanto de este Tribunal como de otras instancias jurisdiccionales, nacionales e internacionales. Es significativo, en particular, que se cite la STC 140/2009, de 15 de junio, en la que se estimó un recurso de amparo interpuesto contra una resolución administrativa sancionadora en materia de extranjería, fundamentándose la estimación, exclusivamente, en la apreciación de que la resolución administrativa había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber motivado la imposición de la sanción de expulsión. Y, por si cupiera alguna duda, toda la argumentación de aquel inicial escrito de la recurrente se reproduce en la demanda presentada el 31 de julio de 2012, concretamente entre sus páginas 12 y 21, con cita expresa, igualmente, del art. 24.1 CE como precepto vulnerado por las resoluciones administrativas sancionadoras.

Más allá de presuntas deficiencias técnicas, es indiscutible para los Magistrados firmantes de este Voto que no son los artículos 18 y 19 CE el único fundamento de la demanda de amparo, en la que claramente se aprecia la denuncia de una grave deficiencia de motivación por parte de la Administración a la hora de imponer la sanción de expulsión, por haberlo hecho sin tomar en consideración lo alegado y probado por la actora y, en definitiva, sin valorar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, las circunstancias del caso, actuación que la recurrente considera contraria al art. 24.1 CE. Se hace necesario recordar aquí, frente a la opinión sustentada por la mayoría, que este Tribunal ha mantenido un criterio de flexibilidad, en cuanto reclamaciones sobre derechos fundamentales (por todas, SSTC 59/1987, de 19 de mayo, FJ 1; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 262/1988, de 22 de diciembre, FJ 6), admitiendo la invocación de los derechos cuya reparación o preservación se pide aunque no se hubiera mencionado de manera expresa el precepto constitucional supuestamente violado, ni tampoco su *nomen iuris*, ni su contenido literal (por todas, STC 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 4), considerado suficiente que se haga en forma tal que se permita al órgano judicial, o a este mismo Tribunal, entrar a conocer de las específicas vulneraciones aducidas. Y, en este caso, resulta evidente que la actora ha planteado una queja dirigida contra las resoluciones administrativas impugnadas, fundada en la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues, aparte de que cita expresamente como infringido el art. 24.1 CE, el contenido de su argumentación permitía a este Tribunal identificar sin ningún género de duda la vulneración objeto de la queja y entrar a conocer de la misma.

Por consiguiente, atrapada en su particular y parcial «deconstrucción» de la demanda de amparo, y más preocupada por el rigor técnico de la defensa designada de oficio que por el propio y evidente contenido del recurso de amparo, la Sentencia de la que discrepamos ha incurrido en una denegación de justicia, dejando sin la correspondiente contestación una queja debidamente formulada por la actora, teniéndola por no planteada, siendo así que, como razonaremos a continuación, dicha queja merecía ser estimada.

3. En efecto, a nuestro juicio, la queja referida a la vulneración del art. 24.1 CE debía prosperar y determinar la estimación del amparo, porque las resoluciones administrativas impugnadas han quebrantado las garantías que dicho precepto impone al ejercicio de la potestad sancionadora.

Debemos comenzar por recordar que este Tribunal ha señalado de manera reiterada que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los

procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son también manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 291/2000, de 30 de abril, FJ 4; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 308/2006, de 23 de octubre, FJ 3; y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), incluyendo entre esas garantías el deber de motivación, pues, como se encarga de reseñar la STC 82/2009, de 23 de marzo, FJ 2, «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones» (SSTC 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6; y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12)».

En el presente caso nos encontramos, precisamente, ante un supuesto de ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, por lo que la necesidad de motivación en las resoluciones recaídas en el procedimiento sancionador resultaba constitucionalmente exigible.

Según resulta de las actuaciones, especialmente de los documentos aportados por la actora tanto en sede judicial como ante este Tribunal (ya que el expediente administrativo sancionador no figura en las actuaciones remitidas a este Tribunal, a pesar de ser un elemento esencial para la resolución del recurso), a la actora le fue incoado un expediente sancionador por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz mientras se encontraba cumpliendo condena en un centro penitenciario, y le fue concedido un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones, en el que el Abogado designado para defenderla presentó escrito poniendo de relieve la dificultad para aportar documentos (al encontrarse interna en un centro penitenciario), señalando a tales efectos los registros públicos correspondientes, pero en el que alegaba que tenía una relación con un ciudadano español, fruto de la cual había nacido una hija que tenía nacionalidad española, manifestando su deseo de formalizar su situación al salir de prisión y aduciendo que existía una efectiva situación de arraigo. La resolución sancionadora, de 21 de septiembre de 2009, impuso a la recurrente la sanción de expulsión, con prohibición de entrada en territorio español por diez años, en aplicación de los arts. 53 a) y 57.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx), razonando que «No parece desproporcionada la sanción de expulsión cuando son hechos que constan en el expediente que Vd. ha vulnerado toda la normativa española relacionada con la entrada y estancia de extranjeros en España; carece de cualquier tipo de documentación personal que asegure su identidad y nacionalidad; y reside en España sin tener autorización para ello y sin, ni siquiera intentar obtenerla. Y, además, se encuentra en prisión cumpliendo condena impuesta por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año». Además, se añadía la consideración de que la infracción tipificada en el art. 57.2 LOEx está sancionada por la propia ley con la expulsión, por lo que no cabe la sanción de multa.

Nos consta también que la actora interpuso recurso de reposición frente a dicha resolución sancionadora, poniendo de relieve la inexactitud de la mayor parte de cuanto en ella se afirmaba, lo que respaldó con la aportación de la pertinente documentación, y alegando en síntesis, que la expulsión vulneraría bienes jurídicos de mayor protección que la regulación de flujos migratorios, señalando, especialmente, la afección de los derechos de su hija en cuanto a vivir en familia con su padre y con su madre y a la permanencia en España, en su condición de española, al verse obligada a trasladarse con su madre a Argentina, por encontrarse su padre en prisión, así como a los derechos de éste, al privarlo, como consecuencia, del derecho a relacionarse con su hija. Al escrito acompañó, entre otros documentos, copia del DNI y de la partida de nacimiento de su hija, del libro de familia, del permiso de residencia concedido en el año 2005 a la demandante, de su tarjeta sanitaria individual expedida por la Junta de Andalucía, del

pasaporte de la actora con sello de entrada en España a través del aeropuerto de Barajas, certificados de empadronamiento, y oferta de trabajo como empleada de hogar.

El recurso de reposición fue desestimado por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, de 4 de marzo de 2010, en la que se razona:

«El art. 25 de la L.O. 4/2000 señala los requisitos de entrada en el territorio español, entre ellos el efectuar la entrada por puesto fronterizo habilitado el efecto, provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, no consta que se hayan cumplido ninguno de tales requisitos. En el momento de la detención se encontraba ilegalmente en España, dado que al proceder a su identificación debía simplemente haber mostrado su pasaporte con el correspondiente sello de entrada o bien la autorización de residencia o documento análogo que le permitieran la entrada o la estancia en nuestro país. Y no se han presentado pruebas de poseerlos a pesar del tiempo transcurrido desde la iniciación del presente procedimiento.

No parece desproporcionada la sanción de expulsión cuando son hechos que constan en el expediente que Vd. ha vulnerado toda la normativa española relacionada con la entrada y estancia de extranjeros en España; carece de cualquier tipo de documentación personal que asegure su identidad y nacionalidad; y reside en España sin tener autorización para ello y sin, ni siquiera, intentar obtenerla. Y, además, ha sido condenado a una pena privativa de libertad impuesta por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.»

A este relato sólo cabe añadir que, recurrida la sanción en vía contencioso-administrativa, el Juzgado núm. 2 de Cádiz, en Sentencia de 30 de marzo de 2011, redujo la prohibición de entrada a cinco años, que es el máximo previsto en el art. 58.1 LOEx, sin que la Administración hubiese justificado la concurrencia de algún supuesto de amenaza grave, de acuerdo con el apartado 2 de dicho precepto, que permitiera la imposición del plazo de prohibición que la sanción impugnada establecía. En lo demás, el recurso fue desestimado, siendo confirmada esta decisión en apelación.

4. A la vista de cuanto ha quedado expuesto, resulta evidente para los Magistrados firmantes de este Voto la manifiesta ausencia de motivación por parte de las resoluciones administrativas sancionadora y resolutoria del recurso de reposición, que han prescindido por completo de lo alegado por la demandante y se han limitado a emplear un formulario, en el que se utiliza reiteradamente el masculino para referirse a ella, y en el que se recogen como fundamento de la sanción de expulsión una serie de circunstancias que han sido rotundamente desmentidas por los documentos aportados por la actora. Esto es, la Administración, además de tratar de justificar la proporcionalidad de la sanción en una serie de circunstancias que, en su práctica totalidad, queda demostrado de forma palmaria que no concurren en la actora, se ha negado, lisa y llanamente, a tomar en consideración las circunstancias del caso, omitiendo toda valoración acerca del dato alegado por la sancionada de que contaba con una pareja estable, de nacionalidad española, y que fruto de su relación había nacido una niña, también española, y sobre la afección que en cuanto a los derechos e intereses de ambos produciría la sanción de expulsión. Y esta ausencia de motivación resulta tanto más grave en la medida en que, por una parte, resultaban afectados derechos fundamentales, como los reconocidos en los arts. 18 y 19 CE, de suerte que se exigía una motivación reforzada (por todas, STC 31/2013, de 11 de febrero, FJ 3), y, por otra, lo alegado por la demandante de amparo en cuanto a sus circunstancias personales estaba en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, como son los contenidos en el art. 39 CE, de manera que, ante su puesta de manifiesto por la persona contra la que se dirigía el procedimiento sancionador, su ponderación resultaba obligada.

En efecto, resultan innegables para cualquier observador, por más que la Sentencia de la que discrepamos —yendo más allá del papel de Juez constitucional— haya querido



minimizar su incidencia práctica, los negativos efectos que la sanción de expulsión produce sobre los derechos e intereses de la hija menor de edad de la demandante de amparo. En primer lugar, se va a ver privada de su derecho a la vida familiar bien con su padre, bien con su madre, dependiendo de si la madre la lleva consigo o no a Argentina, y, aun en el caso de que su madre la dejara en España (situación poco probable), se podría llegar a encontrar en situación de desamparo (art. 172.1 del Código civil), dado que su padre se encuentra en prisión hasta el año 2014 y no puede atenderla. Por otra parte, no es menos importante la incidencia sobre el derecho de la menor a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), en su condición de ciudadana española, ya que, en las circunstancias actuales, y puesto que no tiene capacidad para decidir por sí misma, la expulsión de su madre, encontrándose el padre en prisión, implica, so pena de dejar de cumplir las obligaciones parentales que incumben a aquélla constitucionalmente, la obligación de la menor de abandonar el territorio nacional junto a su madre. Y, finalmente, y como consecuencia de todo ello, la salida de España de la menor conllevará que su padre no podrá tenerla en su compañía ni ejercer los derechos y deberes que en tal condición le corresponden.

Atendida la relevancia constitucional de esas circunstancias, la negativa a valorarlas debe ser considerada una decisión arbitraria, como ya señalara este Tribunal en un supuesto similar en la STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 6, en la que se afirmó: «En efecto, baste recordar a esos efectos, teniendo presente que por mandato del art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, o de 17 de abril de 2003, caso *Yilmaz c. Alemania*). Igualmente, tampoco cabe obviar que el art. 39.4 CE establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), establece que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidas los niños de ser de consideración primordial atender a los intereses superiores del niño».

La Sentencia aprobada por la mayoría se refiere acertadamente, en el fundamento jurídico 7, al necesario reconocimiento, respeto y protección de mandatos constitucionales, como los establecidos en los apartados 1 y 4 del art. 39 CE, señalando que deben informar la práctica judicial, «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». De dicho razonamiento debería seguirse, en pura lógica, un análisis sobre si, en el presente caso, se habían tenido en cuenta los expresados mandatos tanto por la Administración, a la hora de imponer la sanción de expulsión, como por los órganos judiciales, en su labor de revisión de la actuación administrativa, lo que se traduciría en verificar si, dadas las circunstancias del

caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar —y, añadimos, para la hija— es proporcional al fin que dicha medida persigue. Pero paradójicamente, la Sentencia se queda ahí y no extrae las ineludibles conclusiones de esa afirmación, sino que se limita, de modo incomprensible, a constatar que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno-filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, en lugar de constatar que esos mandatos constitucionales de protección de la familia y de los hijos no se han tenido en cuenta ni por la Administración ni por los órganos jurisdiccionales al imponer y confirmar la sanción de expulsión.

De cuanto hasta aquí se ha expuesto, no podemos sino llegar a la conclusión de que las resoluciones administrativas impugnadas por la actora han vulnerado el derecho de ésta a la tutela judicial efectiva, pues su grado de arbitrariedad es tal, que la aplicación de la legalidad que han realizado es tan sólo una mera apariencia, por lo que no pueden entenderse fundadas en Derecho (SSTC 56/2013, de 11 de marzo, FJ 2; y 128/2013, de 3 de junio, FJ 4), e incluso, se podría llegar a afirmar que carecen absolutamente de motivación, porque la que contienen es meramente formularia y no responde a las reales circunstancias del caso.

No se ve afectada esta conclusión por la interpretación rigorista que del art. 57.2 LOEx realizan tanto las resoluciones administrativas como las judiciales, en el sentido de que no cabría ponderación de las circunstancias del caso concreto. Una interpretación semejante no puede ser aceptada. Como este Tribunal apuntó en la STC 140/2009, FJ 6, el art. 55.3 LOEx prevé expresamente que la graduación de las sanciones en materia de extranjería se ajustará a criterios de proporcionalidad, lo que ha de coherenciarse con el deber de motivar no sólo la calificación jurídica de los hechos, sino también la sanción a imponer (STC 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4). Por otra parte, también se ha señalado en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6, que «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta», criterio reiterado en la STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 7, y que resulta perfectamente trasladable a la previsión del art. 57.2 LOEx. En efecto, una primera aproximación al mismo nos permite constatar que, simplemente, viene a añadir un supuesto más al elenco de conductas que, según la previsión del art. 57.1, pueden dar lugar a la expulsión de un extranjero, pero sin que se aprecie en sus términos una rigidez tal que impida toda capacidad de apreciación por parte de la Administración sancionadora privándole de la imprescindible labor de ponderación que debe realizarse en todo procedimiento sancionador. El propio art. 57 contempla en los apartados 5 y 6 supuestos de excepción en los que no podrá imponerse la sanción de expulsión, y en su apartado 3, como regla que debe entenderse referida a los dos que lo preceden, prevé que no podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, de donde puede derivarse sin problema que tanto en el supuesto del apartado 1 como en el del 2 cabe la imposición de cualquiera de las dos sanciones, dejando la propia ley, por tanto, margen a la ponderación administrativa, sin que la expulsión opere *ope legis*.

En todo caso, no cabe admitir, por inconstitucional, una interpretación del art. 57.2 LOEx que obligue a expulsar al extranjero en quien concurra el presupuesto de hecho de la norma con absoluta abstracción de las circunstancias del caso, sin permitir ponderación alguna de las mismas, incluso en aquellos supuestos en los que, como sucede en el que nos ocupa, resulten afectados por la expulsión derechos fundamentales o intereses de relevancia constitucional, tales como los protegidos por el art. 39 CE. En casos así será obligado siempre efectuar la debida ponderación entre los intereses en presencia, para determinar si el sacrificio que experimenten esos derechos o intereses con relevancia constitucional puede suponer que la ejecución de la expulsión no resulte proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida. En otro caso, si la postulada por órganos administrativos y judiciales fuera la única interpretación posible del precepto aplicado, habría que concluir necesariamente que éste resulta inconstitucional.

5. Discrepamos también de la Sentencia aprobada por la mayoría en relación con la conclusión a la que llega en cuanto a la denuncia de vulneración del art. 19 CE que realiza la actora, que se concreta en la lesión de los derechos de su hija menor de edad, que se verá obligada a abandonar el país como consecuencia de la expulsión de su madre, pese a ser la menor ciudadana española.

Ante todo, hemos de señalar que, aunque compartimos la conexión que se hace en el fundamento jurídico 5 del art. 19 CE con los principios rectores consagrados en el capítulo III del título I CE, sin embargo, consideramos que esa conexión se realiza de manera selectiva, sin una razón que justifique el modo de actuar, que la Sentencia, en cualquier caso, no explicita. En efecto, en ésta se conecta el art. 19 CE únicamente con el art. 39.4 CE, que otorga a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, pero se omite toda consideración respecto de otros principios rectores que pueden ser conectados con los derechos fundamentales consagrados en el art. 19 CE, y que resultan trascendentes para el supuesto de hecho que nos ocupa, en la medida en que, siguiendo igual secuencia lógica de conexión con el derecho fundamental de los españoles a elegir libremente la residencia, pueden condicionar la expulsión de la actora. Así, en primer lugar, ha de conectarse también aquí el art. 19 CE con el apartado 1 del art. 39 CE, referido a la protección de la familia por los poderes públicos, que se proyecta, en este caso, a la convivencia familiar de la menor con su madre, pues, para mantenerla, se verá obligada a abandonar el territorio nacional, y no resulta admisible, desde la perspectiva constitucional, que se dé lugar a una contraposición de tal envergadura entre el derecho fundamental y el principio rector hasta el punto de hacer imposible la satisfacción conjunta de ambos. En segundo lugar, el art. 19 CE ha de cohonestarse igualmente con el apartado 3 del art. 39 CE, que recoge el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, que en este caso también se convertiría en un deber de imposible cumplimiento por la madre si, para respetar el derecho a elegir libremente residencia de la hija, se produce la permanencia de ésta en el territorio nacional mientras la madre es expulsada, ya que para que dicho deber pueda ser efectivamente cumplido, la hija también deberá abandonar el territorio nacional junto a su madre. Por tanto, es preciso conectar en la misma medida este principio rector con el derecho fundamental concernido, de forma que el cumplimiento del deber de asistencia a los hijos que recae sobre los padres pueda llegar eventualmente a condicionar una expulsión.

El segundo aspecto en el que se centran nuestras discrepancias es el referido a la adjetivación selectiva de los perjuicios que pueden dar lugar a la lesión del derecho fundamental del art. 19 CE, que la Sentencia concreta en que el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar al progenitor expulsado, bien por no tener en España otro elemento de arraigo bien porque sólo dicho progenitor pueda asumir su manutención. A nuestro juicio, tal adjetivación resulta caprichosa y reduccionista o estrecha de miras, concretando los únicos supuestos en los elementos fácticos que concurrían en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita en el propio fundamento jurídico 5, elevándolos a la categoría de únicos elementos obstativos de la expulsión, sin haberse preocupado de explorar o valorar la posibilidad de que puedan darse otras situaciones que tengan igual valor obstativo o que, incluso, deban tener una consideración preferente sobre las que menciona la Sentencia. A nuestro juicio, centrar la cuestión en la manutención de la menor es centrarla en un aspecto muy parcial, olvidando otros igualmente relevantes, porque los padres deben prestar a sus hijos asistencia de todo orden (art. 39.3 CE), y no solamente la manutención. Se prescinde así del factor afectivo, o de la labor educativa que corresponde cumplir a los padres, que, según el art. 154.1 CC, deben velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, componiendo así una serie de deberes que no quedan debidamente plasmados con la simple referencia a la manutención que se efectúa en la Sentencia aprobada por la mayoría. De la misma forma, e interpretada la Sentencia *sensu contrario*, no alcanzamos a comprender cómo el hecho de tener algún otro elemento de arraigo (existencia de alguna otra conexión familiar) puede hacerse

prevalecer sobre el deber de asistencia que impone a los padres el art. 39.3 CE en la ponderación del art. 19 CE a efectos del juicio de expulsión, pues son éstos los primeros y principales sujetos llamados a encargarse de los hijos, razón por la cual su deber aparece constitucionalizado. E igualmente incomprensible resulta que no se tenga en cuenta la protección de la familia del art. 39.1 CE como principio con entidad limitadora de la expulsión cuando está en juego la defensa del derecho del art. 19 CE, ni en la Sentencia se explicita razón alguna por la que estos otros referentes no entran en juego.

En suma, en la Sentencia a la que formulamos el presente Voto se plasma una visión muy limitada de los aspectos que pueden incidir en el supuesto de la expulsión cuando se encuentra en juego el derecho fundamental de una menor a fijar libremente su residencia, y, con estos mimbres, por lógica, la respuesta que se ha dado al problema de fondo que aquí se plantea debía ser necesariamente parcial y errónea. Pero, además, esa respuesta no puede tacharse sino de puramente voluntarista, y, además, desconocedora de las consecuencias evidentes que para cualquier observador jurídico va a producir sobre la menor la expulsión de su madre.

La primera objeción que se ha de formular es la de que este Tribunal no resuelve las solicitudes de amparo atendiendo a situaciones futuras y sobre la base de elementos que no sean actuales o que constituyan meras presunciones. Hay que estar al momento en el que, según la demanda, se pudo producir la lesión del derecho fundamental objeto de la queja y efectuar la valoración en virtud de las circunstancias concurrentes en ese preciso instante. La lesión no existe o deja de existir por lo que pueda ocurrir en el futuro, sino por el substrato fáctico que sirvió o debió servir en la adopción de las resoluciones administrativas impugnadas y las consecuencias normales que del mismo deban extraerse. Y en ese preciso momento (resolución de 21 de septiembre de 2009, confirmada por otra de 4 de marzo de 2010) lo verdaderamente indiscutible es que, por mucho que, como se afirma en la Sentencia, no hay resolución administrativa o judicial que otorgue en exclusiva la guarda y custodia sobre la niña a la madre, el único progenitor que podía dar cumplimiento al deber constitucional de prestar asistencia de todo orden a la hija menor de edad (art. 39.3 CE) era la actora, puesto que el padre se encontraba en prisión (cumple su pena en el año 2014) y, por consiguiente, no podía —ni puede aún— atender en debida forma a su hija. La inmediata consecuencia de esta situación es que, en el momento de su expulsión, la madre tendría que llevar a su hija consigo con la consiguiente necesidad de que la menor española abandone el territorio nacional a causa de la expulsión de su madre, con la consiguiente vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 19 CE. Frente a este inobjetable planteamiento, no tienen cabida posturas meramente voluntaristas como la desarrollada en la Sentencia de la mayoría acerca de la existencia de elementos de arraigo en España por el hecho de que el cumplimiento de la pena por parte del padre está cercano (aunque en el momento en que se ha de llevar a cabo la expulsión sigue preso), o por la previa convivencia de la menor con su abuela paterna y su abuela materna en el pasado. Se trata de meras presunciones, no basadas en elementos acreditados, y cuya quiebra puede dar lugar a otra situación mucho más grave si, finalmente, la menor queda en España: que pueda quedar en situación de desamparo (art. 172.1 CC), dado que su padre aún no puede atenderla, lo que sería susceptible de originar, incluso, la pérdida de los lazos familiares en el caso de que la Administración competente considere, al salir su padre de prisión, que éste no reúne las condiciones suficientes para hacerse cargo de la menor, y que ello derive en un acogimiento y hasta en una posterior adopción. Es una presunción, sí, pero enunciada con mayor fundamento y contando con igual o mayor posibilidad de materialización que las recogidas en la Sentencia de la mayoría para justificar que no existe vulneración del art. 19 CE.

Finalmente, hemos de calificar de auténtico despropósito la afirmación contenida al final del fundamento jurídico 5 de la Sentencia en el sentido de que los elementos de arraigo existentes «hacen viable en la práctica que [la menor] opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España», de donde extrae la conclusión de que la expulsión no le impedirá el disfrute efectivo de las libertades que le reconoce el art. 19 CE

como ciudadana española. No está de más recordar que, en el momento de imposición de la sanción de expulsión, la menor contaba con tres años, y en el momento actual con siete, y que, por tanto, al ser menor de edad, no puede optar, como se dice en la ponencia, por permanecer en España por su propia decisión, sino que tendrá que seguir aquello que el único progenitor en situación de cumplir el deber de prestarle una asistencia integral decida, que será, atendidos los deberes constitucionales y legales que pesan sobre ella, llevarla consigo a Argentina. En definitiva, por muchos hipotéticos elementos de arraigo que la ponencia aprecie, la expulsión de la madre conllevará la necesaria salida de la menor del territorio español con la consiguiente vulneración de su derecho a residir y a circular libremente por el mismo, que es la conclusión a la que debería haber llegado la Sentencia de la que discrepamos.

6. También disentimos del tratamiento que en la Sentencia aprobada por la mayoría se realiza de la queja de la demandante referida al art. 18.1 CE. Como primer aspecto, consideramos que el análisis que la Sentencia realiza de esa queja no se ajusta a los términos en que se ha formulado en la demanda. Aunque en la fundamentación jurídica no se explicita cuál es el fundamento de dicha queja, del inicio del fundamento jurídico 6 puede deducirse que el «derecho a la vida familiar» que alega la actora se refiere a su propia convivencia con su hija menor de edad, que podría verse afectada por la expulsión. Sin embargo, no es ese el planteamiento que se realiza en la demanda, según se deduce del propio antecedente 3 de la Sentencia, que concreta esa queja en que si, como consecuencia de la expulsión de la madre, la niña marchara con ella Argentina, «se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del art. 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Así pues, en la Sentencia se ha dado respuesta a una queja distinta a la realmente planteada por la demandante de amparo, que se articulaba desde el prisma de la afeción del derecho de su hija menor de edad a mantener una convivencia familiar con su padre, que seguirá residiendo en España.

Llama la atención, igualmente, que la Sentencia de la que discrepamos haya realizado un examen de la cuestión siguiendo una pauta distinta a la empleada en relación con el art. 19 CE. Así, mientras en el caso de éste se integró el precepto con alguno de los principios rectores consagrados en el art. 39 CE, realizando una consideración conjunta de los mismos, en el supuesto del art. 18.1 CE se separan por completo el precepto que recoge el derecho fundamental y los principios rectores del art. 39 CE, concluyendo que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, y que la efectividad de los principios rectores no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que los jueces ordinarios hayan de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx. Paradójicamente, la Sentencia no realiza la labor de comprobar si los órganos administrativos y judiciales han tenido en cuenta o no dichos principios en la aplicación del citado precepto, aspecto que tendría cabida en la imprescindible necesidad de motivación de las resoluciones sancionadoras, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente al analizar la queja relativa al art. 24.1 CE que, a juicio de los Magistrados que suscriben el presente Voto, sí se ha planteado de manera efectiva por la actora, a pesar de que este extremo se haya negado en la Sentencia aprobada por la mayoría.

La conexión entre derechos fundamentales y principios rectores es algo común en nuestra jurisprudencia, al punto de que, en ocasiones, este Tribunal ha reforzado el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución. Ejemplo de ello es la STC 95/2000, de 10 abril, que en relación con el art. 43 CE afirmó: «La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de la Sra. L. a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE. La razonabilidad de

las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril» (FJ 5).

Esto es, una resolución que, en otro caso, sería respetuosa con el art. 24.1 CE puede no serlo por no atender a la orientación que impone el principio rector en juego.

Y si esa proyección debía realizarse en relación con el art. 24.1 CE, con más razón había de tener lugar en cuanto a los derechos fundamentales sustantivos, y así se afirmó en la STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, al señalar: «Ya hemos dicho que directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39, apartados 2 y 3 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4), y a los padres a “prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad —lo mismo que aquellas interpretaciones de la regulación legal que la determinen— ocasionan una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. En contra de esa exigencia constitucional, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE): el art. 39.3 CE, cuyo texto refleja una directa conexión con el art. 14 CE, impone a los padres el deber de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos “hijos habidos... fuera del matrimonio”, es decir, éstos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales».

En el presente caso, encontrándose comprometida la convivencia familiar de una menor con uno de sus progenitores como consecuencia de la expulsión de la madre, resultaba imprescindible poner el art. 18.1 CE en relación con los mandatos de los apartados 1, 3 y 4 del art. 39 CE, referidos a la protección de la familia, al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, y a la protección de los niños según los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Y, realizada dicha conexión, la respuesta no podría haber sido otra que la de considerar vulnerado el derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 CE como consecuencia de la resolución administrativa que impuso a la demandante de amparo la sanción de expulsión del territorio nacional sin tomar en consideración la afección que sobre el derecho a la convivencia familiar de la menor de edad implicaba dicha decisión. Nada de ello se hace en la Sentencia de la que discrepamos que, apartándose de manera incongruente del criterio seguido en cuanto al art. 19 CE, desconecta por completo derecho fundamental y principios rectores, y dedica todo su esfuerzo a descartar que en el art. 18 CE se reconozca un derecho a la vida familiar, a diferencia de lo que ocurre con el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), en la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No podemos compartir la valoración que se hace en el fundamento jurídico 6 sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, apartándose de la misma para mantenerse en la visión más estrecha de la STC 236/2007, de 7 noviembre, con desprecio de la noción elaborada por aquella del «derecho a la vida familiar», que comprendería

como uno de sus elementos fundamentales del disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52), y quitando todo valor a que esa circunstancia, al menos desde la perspectiva del art. 8.1 CEDH, se haya considerado en ocasiones como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros. En nuestra opinión, no es posible seguir manteniendo ese camino divergente al que sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, sino que es preciso incorporarla en el derecho interno. En este sentido, hay que recordar que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas reconocidos en la Constitución habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el contenido que para sus distintos preceptos ha ido delimitando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya en la STC 140/2009, de 15 junio, FJ 6, se avanza en esta línea, recordando, tras la cita de los arts. 10.2 y 39.1 CE que dicha jurisprudencia «ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 agosto 2001, caso *Boultif c. Suiza*, o de 17 abril 2003, caso *Yilmaz c. Alemania*)».

No está de más recordar que, como se señala en la Sentencia aprobada por la mayoría, el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y que al socaire de la incidencia que la aplicación de dicha Carta puede tener en el orden interno, este Tribunal afirmó en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, que «Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución” [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Y, a continuación, añade: «Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho

y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno».

Es decir, que tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el denominador común, como la referida Carta, vienen a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determine en el orden interno el contenido asegurado por el Derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo garantizado por las normas del CEDH, según la interpretación que de las mismas realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por las de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, ese mínimo ha sido objeto de rebaja en la Sentencia aprobada por la mayoría, con una argumentación que en modo alguno podemos compartir, a pesar de reconocer implícitamente que se aparta de lo resuelto de manera reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH y del art. 7 de la Carta.

Precisamente, en esa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos encontrar la condena a España, operada por la STEDH de 10 de abril de 2012, caso *K.A.B. c. España*, en un supuesto en el que la expulsión de la madre supuso la pérdida de contacto del padre con su hijo, al ser éste declarado en situación de desamparo, siendo primero objeto de acogimiento y posteriormente de adopción. El Tribunal recuerda que el concepto de «familia» contemplado por el art. 8 del Convenio no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otros vínculos «familiares» de facto cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio, de manera que un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en esta célula «familiar» a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de éste. En cualquier caso, el art. 8 protege la vida privada al igual que la vida familiar, y el derecho a la reagrupación de un padre con su hijo biológico se incluyen el ámbito de aplicación del concepto de «vida privada» que engloba aspectos importantes de la identidad personal (§ 88 y 90). Asimismo, recuerda el Tribunal su reiterada jurisprudencia por la que, si bien el art. 8 tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse de tales injerencias, sino que esta obligación de carácter negativo suelen añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Tanto en un caso como en otro, debe respetarse el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad su conjunto, gozando en ambas hipótesis el Estado de un cierto margen de apreciación (§ 95). Ahora bien, para ser adecuadas, las medidas destinadas a reunir al padre y su hijo deben establecerse rápidamente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los padres que no viven con él, recordándose en este punto que, «en los asuntos en relación con la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño de muy corta edad puede conducir a una alteración creciente de la relación con su padre» (§ 97 y 103). Se destaca, asimismo, la responsabilidad de la propia Administración, debido a la expulsión de la madre del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada sobre la existencia del hijo, sin adoptar ninguna medida al respecto y sin que se hubiese dado ninguna explicación satisfactoria que justificara la urgencia de la expulsión (§ 108). Finalmente, en la indagación de si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del art. 8 CEDH, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no desplegaron esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando si el derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el art. 8 (§ 116).

Fácilmente se constata la similitud entre dicho asunto y el que nos ocupa, en el que tanto la Administración como los órganos jurisdiccionales han omitido realizar toda consideración acerca de la incidencia que la medida de expulsión de la actora va a producir a su hija menor de edad en la relación con su padre, que se muestra como una consecuencia negativa evidente de la expulsión, y que va a privar a ambos sujetos del derecho a esa «vida privada» a la que de modo reiterado se refiere la STEDH a la que se



acaba de hacer mención, y en cuya línea discursiva sería deseable que se hubiese enmarcado la decisión adoptada en la Sentencia de la que disentimos. No habiéndolo hecho así, se ha puesto una piedra más para una nueva condena contra el Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal Constitucional no le ha otorgado.

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.