

SENTENCIA Nº 367/2012

En la Ciudad Palma, a veintitrés de octubre de dos mil doce

Vistos en primera instancia por D. Francisco Úbeda Tarajano, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Palma y su Partido, los presentes autos de **Procedimiento Abreviado** núm. 451 /2011, incoados en virtud de recurso interpuesto por la procuradora Sra. Gaspar, en nombre y representación de D. JOSÉ ADOLFO YANETI MERCADO, dirigido contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha 11/07/2011, que acuerda imponer la medida de expulsión del territorio nacional, siendo parte demandada dicha Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado, y la cuantía del recurso indeterminada, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears de fecha 11/07/2011, que acuerda imponer la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por cinco años. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

SEGUNDO.-Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas que constan en la grabación audiovisual, el recurrente se ratificó en su escrito de demanda, y se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, practicándose la prueba que

fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-*Pretensiones de las partes*

Por la recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se anule la resolución impugnada. Por el contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso por considerar que la resolución dictada es ajustada a derecho.

SEGUNDO.-*Sobre la medida de expulsión del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*

La resolución impugnada fundamenta la imposición de la sanción de expulsión en los artículos 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y s su integración social y 130 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, conforme a los cuales “ constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hayan sido cancelados”.

Con carácter general, la imposición de la medida de expulsión prevista en el indicado artículo 57.2 no es propiamente una sanción e implica que, constatada por la Administración la existencia de una condena penal por la comisión de un delito que lleve aparejadas penas superiores al año de prisión, debe acordar su expulsión

del territorio nacional, sin posibilidad de sustituir la misma por una multa ni de valorar las circunstancias de arraigo concurrente.

Ahora bien, cuando se trata de ciudadanos extranjeros familiares de ciudadanos de la Unión Europea (y en el caso, el actor es hijo y hermano de españoles), dicha interpretación jurisprudencial sufre las modulaciones que impone la aplicación del Derecho Comunitario y la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dentro del derecho interno, y como consecuencia de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 (LCEur 1968, 84) y se derogan las Directivas 64/221/CEE), 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34 (634J0075)/CEE, 75/35 (635J0075)/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96 (696J0093)/CEE, se dio lugar al Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de Otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo -recientemente modificado por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre (RCL 2011, 2183) -, texto normativo interno de aplicación preferente, salvo que resulte más beneficiosa, sobre la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tal y como prevé expresamente el artículo 1.3 de ésta.

Dentro del régimen preferente que sobre la presencia de los ciudadanos comunitarios en España se establece ha de considerarse que, a los efectos de las expulsiones, mientras que la regla general del artículo 57.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es que la condena de un ciudadano extranjero, dentro o fuera de España, por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, sea causa de expulsión, en lo que toca a los ciudadanos comunitarios y asimilados, el artículo 15 del Real Decreto 240/2007 dispone que "

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:...b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública.

Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen... 5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

- a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.
- b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.
- c) No podrá ser adoptada con fines económicos.
- d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.”

Es, por tanto, lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos

plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTED caso Habdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996). (ATC 331/1997, FJ 4).

Pero su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la normativa comunitaria referida (por todas, STJ 8-12-2011, num. C-371/2008, caso Ziebell) prevén que «el residente de larga duración de que se trate sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Seguidamente, se afirma que la decisión de expulsión no podrá justificarse por razones de orden económico. Por último, se precisa que, antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los miembros de su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen». Y la excepción basada en el orden público en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión... debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010 , Bozkurt, antes citada, apartado 56 y jurisprudencia citada).

A este respecto cabe significar que la STJCE de 10 de julio de 2008 se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara: «(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad ...». Y prosigue: «24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en

particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general».

La más reciente STJ (CE (RCL 1978, 2836)) Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, no C-348/2009, reproduce dicha doctrina y añade que "

33. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 TFUE., apartado 1, párrafo segundo (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada), constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de "motivos imperiosos de seguridad pública" que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38., siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce.

34. Toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro. Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen".

Así las cosas, no es discutido que el recurrente fue objeto de tres condenas penales por un delito de robo con violencia o intimidación y por un delito de lesiones a la pena de 1 año de prisión por el Juzgado de lo penal número 6 de Palma, por un delito de abandono de destino o residencia militar a la pena de 3 meses y un día de prisión (entre otras penas) por el Tribunal Militar Territorial nº 2 de Sevilla y por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas dictada por el Juzgado de Instrucción número 11 de Palma de Mallorca a la pena de 8 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Como es de ver, la resolución aquí impugnada no aloja en su fundamentación las razones de orden público y/o de seguridad ciudadana determinantes de una imperiosa necesidad de proceder a la expulsión del recurrente. La mera referencia a tales condenas no colma, desde luego, las exigencias descritas para adoptar la medida denegatoria impugnada sobre amenaza real, actual y grave al orden público, máxime cuando en el presente caso concurren circunstancia de suficiente entidad como el hecho de que el actor lleve residiendo en nuestro país desde 1999, conviviendo en el mismo domicilio que su madre (ciudadana del Reino de España), su cónyuge (residente legal) y la hija de ambos.

TERCERO.-Costas

No se realiza pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales, al no apreciar temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes, según el artículo 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1º.- ESTIMAR el recurso interpuesto contra la resolución identificada en el encabezamiento de esta Sentencia, que se anula por no ser ajustada a Derecho.

2º.- No imponer las costas del recurso.



Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días, desde su notificación, para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears ante el que se comparecerá por medio de procurador.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.