



Sra. Palos

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00740/2012
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ILLES BALEARS
 SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

APELACIÓN
ROLLO SALA Nº 125/2012
AUTOS DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 242/2010
JUZGADO CONTENCIOSO Nº 2

SENTENCIA Nº 740

En Palma de Mallorca a 30 de Septiembre de 2012

ILMOS SRES
PRESIDENTE
 D. Pablo Delfont Maza
MAGISTRADOS
 D^a: Carmen Frigola Castellón
 D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez



VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, con el número de autos nº 242/2010 y nº de rollo de apelación de esta Sala 125/2012. Actúa como parte apelante D S / representado por la Procuradora Sra. D^a Maria José Rodríguez Hernández y defendido por la letrada Sra. D^a Margarita Palos Nadal y como parte apelada la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ILLES BALEARS** representada y defendida por el Abogado del Estado Sr. D. Pedro Vidal Monserrat.

Constituye el objeto del recurso la Resolución de la Delegación de Gobierno de las Islas Baleares, de 7 de mayo de 2010, por la que se impone al recurrente la

[Firma manuscrita]



sanción de expulsión del territorio nacional y consiguiente prohibición de entrada en España, por un periodo de tres años.

La sentencia número 199/2011 de fecha catorce de septiembre de dos mil once, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma el acto impugnado.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia nº 199/2011 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"Se acuerda **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias de DON (), contra la resolución impugnada, en consecuencia debe confirmarse el acto administrativo al ser conforme a derecho. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes."

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos. El Abogado del Estado se opuso a la apelación y solicitó la confirmación de la sentencia dictada.

TERCERO: No se solicita práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 30 de octubre de 2012.



FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: No se aceptan los de la sentencia apelada.

D. S. de nacionalidad argentina fue titular de una autorización de residencia de familiar de la Unión Europea caducada el 19/9/2009 al ser padre de una menor de nacionalidad italiana nacida de su matrimonio celebrado en Argentina con Dña. de nacionalidad italiana. La caducidad de esa autorización se produjo al no constar inscrito ese matrimonio en Italia, sino solamente en Argentina.

El 14 de diciembre de 2009 el Sr. es detenido por la Policía Nacional como autor de un delito de robo con violencia e intimidación y por infracción de la normativa de Extranjería iniciándose expediente de expulsión. Al fin y tramitado ese expediente consta que el recurrente ha sido condenado en sentencia penal firme por un delito de lesiones en el Juzgado de lo Penal nº 2 de Palma a la pena de 6 meses de prisión. Igualmente le constan tres detenciones policiales el día 1/1/2005 por un delito de robo con fuerza, otra el 19/10/2007 por el mismo hecho y una detención por malos tratos físicos en el ámbito familiar el 1/12/2004.

Por todo ello y dado que no existe documentación que le autorice a residir en España se dictó el 29 de abril de 2010 Resolución de expulsión del territorio nacional considerando que no es sustituible esa expulsión por multa pecuniaria porque se considera que el recurrente no tiene arraigo que así lo permita

El recurrente y ahora apelante impugna la Resolución de la Delegación de Gobierno que acuerda su expulsión del territorio nacional con prohibición de retorno por plazo de tres años en base a que el recurrente es familiar de un menor de nacionalidad comunitaria, cónyuge de ciudadana comunitaria y no se fundamenta que el recurrente sea una amenaza grave real y actual para el orden público. Expone que tiene un claro arraigo familiar ya que viven juntos y mantienen vínculos familiares y la expulsión del recurrente colisiona con el derecho a la vida en familiar del apelante y recurrente.



La sentencia dictada por el Juzgado valora los antecedentes negativos que constan sobre el recurrente, considerando que la sentencia penal es determinante y que no ha de ser preponderante sobre la relación del recurrente con su esposa e hija que no se ha acreditado en autos sea existente y cierta, si bien sí se ha probado por el certificado de empadronamiento que conviven juntos. Y en definitiva la peligrosidad que revela el ilícito penal por el que ha sido condenado permite y justifica la expulsión del recurrente.

Disconforme con esa sentencia se alza en apelación la parte actora alegando que existe relación familiar y arraigo de esta índole así como arraigo social y económico habiendo presentado en el acto del juicio la solicitud de autorización de residencia como familiar de la Unión que no fue valorada en la sentencia dictada.

Se opone a la apelación la defensa de la Administración General del Estado que solicita la confirmación de la expulsión.

SEGUNDO: Empezando por la falta de valoración de la solicitud de residencia como familiar de ciudadano comunitario decir que se presentó esa solicitud en septiembre de 2011 por lo que es claramente de fecha posterior al dictado del acto que analizamos en autos, cual es la expulsión del extranjero del territorio, que es de fecha 29 de abril de 2010 motivo por el cual en esa fecha no había cobertura alguna ni petición alguna que justificara la residencia del recurrente en España.

TERCERO: El artículo 57-2 de la LO 4/2000 contempla la posibilidad de expulsar a los extranjeros condenados, 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 hubieran sido cancelados.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en la Sentencia del TC 236/2007 de 7 de noviembre sobre la constitucionalidad de la medida de expulsión del extranjero por razones y causas de orden público a propósito de la impugnación realizada sobre la constitucionalidad del artículo 57-2 de la LO 4/2000 y así señala *"En efecto, la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones*



exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril [RTC 2005, 72] , F. 8). De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las «legalmente establecida[s] o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España» (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000) Al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 [LCEur 2004, 155]), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración «la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública » (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001 [LCEur 2001, 1924]), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de «condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año» (art. 3). Es, por tanto, ilícito 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 [TEDH 1988, 3] ; caso Moustaquim , 18 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 3] , y caso Ahmut , 28 de noviembre de 1996 [TEDH 1996, 64]) (ATC 331/1997, F. 4).

CUARTO: Ahora bien, para el caso de tratarse de ciudadanos extranjeros no comunitarios con permiso de residencia de larga duración a los que les es aplicable la Directiva 2.003/109/CE, o bien, para los ciudadanos de la UE o de familiares suyos en aplicación de la Directiva 2004/38/CE, el concepto de orden público como causa extintiva de la autorización de residencia y su expulsión del territorio nacional adquiere una singular relevancia.

En efecto y circunscribiéndonos al supuesto de los extranjeros familiares de ciudadanos comunitarios que es el objeto debate de autos, al tratarse extranjero de nacionalidad argentina esposo y padre de ciudadanas comunitarias de nacionalidad italiana, les es de aplicación el RD 240/2007 de 15 de febrero, cuyo artículo 15-1 párrafo in fine señala: "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 sus familias, 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."

Y el apartado 5-d) de ese mismo artículo señala: "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"

El RD 240/2007 ya incorpora la doctrina del Tribunal de la Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto jurídico indeterminado de orden público que, en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser interpretado de forma estricta, aunque reconociéndose un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado a cada país en las disposiciones adoptadas para su aplicación que para justificar la restricción a la libre circulación de esas personas sometidas al Derecho Comunitario implica que el concepto de orden público que así lo permita, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley, ha de suponer ciertamente una amenaza real y suficientemente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

Si el apelante y recurrente, de nacionalidad argentina no tuviera la condición de familiar de ciudadano comunitario, bastaría la condena penal firme ambas por delitos superiores a un año de privación de libertad para la aplicación de la expulsión prevista en el artículo 57-2 de la Lo 4/2000, sin que el arraigo pudiera prevalecer por encima de los intereses generales residenciados en el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, para proceder a su expulsión del territorio nacional. Pero como tiene la condición de familiar de ciudadano comunitario y precisamente por ello ha presentado esa solicitud no constando todavía el efecto o



resolución dictado a esa solicitud, hemos de valorar si se dan las circunstancias que el artículo 15-5 d) del RD 240/2007 señala para que pueda aplicarse esa expulsión por razones de orden público. esto es la apreciación o valoración de la conducta del Sr. lo como constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, lo cual constituiría la motivación que la parte apelante argumenta que no existe en el supuesto de autos.

Y la Sala considera que ciertamente no se da esa motivación. En efecto la existencia de una condena penal por un delito de lesiones no es en sí determinante de una peligrosidad cierta y amenaza real para la paz social frente al hecho de que el recurrente tiene un arraigo familiar evidente y obligarle a la salida del país con prohibición de retorno por plazo de tres años colisiona de forma frontal con su derecho a estar y permanecer y disfrutar de su familia y a desplegar los derechos de patria potestad para con su hija de nacionalidad comunitaria. El resto de detenciones que aparecen la administración no ha demostrado que hayan cristalizado o concluido en actuaciones judiciales y que estas tuvieren un resultado final desfavorable para el recurrente, en cuyo caso si existirían datos suficientes para demostrar que el recurrente tiene una actitud reiterada y repetitiva de transgresiones del orden público y ello revelaría per se una peligrosidad social. Pero una sola condena penal no es sinónimo de una peligrosidad real y grave para el orden público del país tal y como establece el artículo 15-5 d) del RD 240/2007.

QUINTO: Como contempla la jurisprudencia, STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2000, "El principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del



administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas."

Así las cosas es incuestionable que el recurrente ha incidido en supuesto de estancia irregular conforme a lo dispuesto en el artículo 53-a) de la LO 4/2000, conducta susceptible de ser sancionada con multa conforme a lo previsto en el artículo 55-1 b), debiendo ser la administración y no esta Sala, quien tiene que imponer la multa prevista en ese artículo, acorde a las condiciones del recurrente y conforme al criterio de proporcionalidad. Esa sanción es proporcional a la situación de arraigo familiar del recurrente al no existir datos que justifiquen su expulsión, al no haber quedado acreditado que sea una amenaza real y grave para el orden público de este país.

SEXTO: En materia de costas la estimación del recurso determina que no se haga imposición de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) **ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia nº 199/2011 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 que **REVOCAMOS** íntegramente

2º) **ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO** interpuesto por D / contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de les Illes Balears de 7 de mayo de 2010 que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de retorno por plazo de tres años.

3º) **ANULAMOS** el acto administrativo impugnado por ser contrario a derecho.

4º) Sin costas.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario.