



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

c/ San Roque, 4 -5ª Planta
Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.73

Fax.: 848.42.40.07

TA070

Procedimiento Abreviado 0000177/2012 - 00

Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña

Procedimiento: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº Procedimiento: 0000696/2012

Materia: **Extranjería**

NIG: 3120145320120000548

Resolución: Sentencia 000035/2013

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	[REDACTED]	SAGRARIO DE LA PARRA HERMOSO DE MENDOZA
Apelado	DELEGACION DEL GOBIERNO EN NAVARRA	

SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 000035/2013

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. IGNACIO MERINO ZALBA

MAGISTRADOS,

D. ANTONIO RUBIO PEREZ

Dña MARIA JESUS AZCONA LABIANO

En Pamplona a dieciseis de enero de dos mil trece.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, en grado de apelación, el presente **rollo de apelación nº 0000696/2012** interpuesto contra la Sentencia nº 333/2012, de 23 de julio, desestimatoria de recurso Contencioso-Administrativo interpuesto frente a resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra de fecha 6 de febrero de 2012 por la que se acuerda expulsión con prohibición de entrada en España por período de cinco años. correspondiente a los autos procedentes del Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña del Procedimiento Abreviado 0000177/2012 - 00 y siendo partes como apelante [REDACTED]

[REDACTED] representado por la Procuradora Dña Sagrario de La Parra Hermoso de MendozA y defendido por la Letrada Dña Maria Lourdes

Etxeberria Zudaire y como apelada **DELEGACION DEL GOBIERNO EN NAVARRA- ADMINISTRACION DEL ESTADO**, representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de julio de 2012 se dictó la Sentencia nº 333/2012 por el Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña cuyo fallo contiene el tenor literal siguiente: *“Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. Sagrario de la Parra Hermoso de Mendoza en nombre y representación de [REDACTED] contra la resolución de 6 de febrero de 2.012 de la Delegación del Gobierno en Navarra por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del mismo, con prohibición de entrada en España por un período de cinco años, confirmando la misma.”*

SEGUNDO.- Por la parte actora se ejercitó recurso de apelación en el que solicitaba su estimación con revocación de la sentencia apelada, al que se dio el trámite legalmente establecido.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala y formado el correspondiente rollo, tras las actuaciones legalmente prevenidas, se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2013

Es ponente la Iltrma. Sra. Magistrada **Dña. M^a JESUS AZCONA LABIANO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se combate en este grado de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 que desestima recurso contencioso administrativo contra expulsión,

resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra por la que se acuerda la expulsión del hoy demandante por cinco años ex artículo 57.2. Considera el Juzgador a quo que el acto administrativo recurrido no es una sanción, la expulsión en este caso, sino el efecto automático de la existencia de la condena penal, pena de prisión superior a un año, sin que dice el Juzgador a quo sea de aplicación la excepción de expulsión recogida o regulada en el artículo 57.5 b) sin que el Juzgador a quo explique por qué no es de aplicación esta excepción.

El recurso de apelación se basa en la infracción de la Directiva 2003/109/CE en el sentido de que el extranjero no constituye ninguna amenaza real ni actual para el orden público y en que tiene hijo español.

SEGUNDO.- Con carácter previo señalar que, la excepción regulada en el artículo 57.5 b) de la Ley de Extranjería a que se alude por el Juzgador a quo, en la sentencia apelada no es aplicable al caso, puesto que se está refiriendo a la sanción de expulsión y no siendo la expulsión en este caso, una sanción propiamente dicha sino efecto automático del supuesto legal, no es de aplicación. En todo caso y, aunque se considerase de aplicación, lo cierto es que es necesario examinar cuál es la relevancia en el presente supuesto del pretendido arraigo y en concreto la circunstancia de tener un hijo español. En este sentido se ha de recordar el criterio sentado por esta misma Sala, citamos por todas, la sentencia de fecha 4 de octubre de 2012 dictada en Rollo de Apelación nº 373/2012 según la cual: *“SEGUNDO.- La vía de expulsión del hoy apelante lo ha sido por causa de infracción administrativa del Artículo 53. 1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 (Extranjería) si bien incide directamente la del rt. 57.2, y ahí están los múltiples delitos cometidos por el expedientado en el ámbito familiar. De forma y manera que poco o nulo valor pueden tener en este caso los alegatos en contra del peso específico de lo reseñado.*

TERCERO.- La alegación de que el apelante tiene hija nacida en España para con quien precisa el vínculo familiar, no es óbice para la expulsión.

La aplicación al caso presente se precisa seguidamente.

Aunque se trate de un hijo español no por ello la Sala estima que no proceda la expulsión dada la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos en el ámbito familiar, lo que hace desdecir en su integridad de la pretendida relación paterno-filial que ahora parece tanto ansiarse. Y ésto se dice, porque también esta Sala, en relación con la doctrina asentada en su día por el Tribunal Supremo ha mantenido en casos (insistimos de existencia de hijo español) como el presente, la expulsión del delincuente en el ámbito familiar. Así, por todas, al Sentencia de 6 de Septiembre de 2011 dictada en Rollo de Apelación 312/2010: “El recurso de apelación debe ser íntegramente desestimado por las siguientes razones:

1.- El recurso de apelación gira en torno a la alegación del arraigo que tiene el apelante por tener un hijo español. Debe reiterarse que la causa de expulsión es con fundamento en el artículo 57.2 LOEX.

2.- Señala que le es de aplicación el artículo 57.6 LOEX pero no es así pues tal artículo es de aplicación al cónyuge, ascendientes, hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en las situaciones que reseña y no al extranjero y que es objeto de sanción de expulsión.

Además y por otra parte , como ha señalado nuestra Sentencia de fecha 29-6-2010 , entre otras, en relación al arraigo: “4.- En cuanto al fondo de la conducta ex artículo 57.2 LOEX, debemos declarar, conforme a lo acreditado en autos, que procede la expulsión con prohibición de entrada en territorio Schengen por un periodo de 5 años, con todas las consecuencias jurídicas inherentes.

La alegación de arraigo es absolutamente irrelevante , en sí misma, cuando del artículo 57.2 se trata (a salvo los supuestos de el artículo 57.5 que no es el caso, ni ha sido alegado).”.

3.- Distinta cuestión es la relativa a la existencia de un hijo español y su incidencia jurídica en la expulsión de un extranjero en situación irregular,

como retiradamente tiene establecido esta Sala STJNavarra 20-9-2007, 3-10-2007, 18-3-2009, 24-11-2010.. (con base en la propia Constitución Española, en el Código Civil, y en la Ley de Protección del menor).

Como ha señalado la reciente STSJNavarra de fecha 29-7-2011, haciéndose eco de la doctrina uniforme de esta Sala, no basta el hecho biológico de tener un hijo español, sino que es necesario la existencia de lazos afectivos, efectiva convivencia afectiva de cualquier tipo, sustento material/económico etc que puedan fundamentar la no expulsión en atención a la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger derivada de la existencia de un hijo español.

Así nuestra Sentencia de fecha 29-7-2011, 12-11-2009, entre otras muchas, señala: “.....Pero es que además, como ha señalado esta Sala (STJNavarra –Pleno de la Sala- de fecha 14-12-2007) el fundamento de la no expulsión del extranjero con hijo español (claro está debidamente acreditado-lo que no es el caso-) se fundamenta no en el mero hecho biológico desconectado de cualquier otra consideración, sino en el hecho biológico unido a la existencia de efectivos y actuales lazos familiares, de convivencia, afecto y contacto paterno filial, que determina la defensa de la unidad familiar a la que pertenece el menor español y evitando así el quebrantamiento del radical derecho del menor a estar, crecer, criarse y educarse con sus progenitores. Y en este caso tampoco se han acreditado la existencia de tales lazos familiares que pudieran determinar su relevancia en el aspecto que nos ocupa.....”.

Con el historial delictivo del apelante, y en este sensible (y peligroso) ámbito del maltrato familiar, entendemos que no procede acceder a lo solicitado, según los extremos arriba expuestos.

CUARTO.- A virtud de todo lo que antecede, se está en el caso de desestimar el presente recurso, dándose, razones administrativas y judiciales más que suficientes como para que el extranjero en cuestión sea expulsado del territorio nacional, haciendo decaer, con lo dicho, cualquier alegato que, a la vista de lo expuesto, carece de toda solvencia jurídica.

Por tanto, en el supuesto de expulsión del artículo 57 .2 de la Ley de Extranjería es irrelevante el arraigo alegado salvo la circunstancia de tener un hijo español, aunque el solo hecho de tener un hijo nacido en España no es suficiente para dejar sin efecto la expulsión, es necesario que exista acreditada una real y efectiva convivencia y unos lazos o vínculos de afectividad suficientes.

TERCERO .- Pues bien, en el presente caso nos encontramos con que el demandante que efectivamente fue condenado a un año y tres meses de prisión por delito de atentado y que fue detenido por un caso de malos tratos en el año 2004, sin que conste el resultado de las diligencias policiales, ni siquiera se sabe si incoaron diligencias penales, lo cierto decimos, es que tuvo una autorización de residencia permanente desde el 30 de enero del año 2002. Durante su estancia en España el demandante ha tenido tres hijos nacidos en España, ha trabajado durante bastante tiempo y ha tenido por ello reconocida prestación por desempleo,asímismo ha solicitado la nacionalidad española con fecha 12 de septiembre de 2011 aunque se desconoce cual ha sido el resultado de esta solicitud, habiendo solicitado igualmente el reconocimiento de la nacionalidad española su esposa en 30 de diciembre de 2009. El actor y su esposa han comprado una vivienda con fecha 25 de enero de 2005 en la localidad de Barañain que es donde residen. No consta divorcio ni separación, y por contra si consta que el actor convive con su esposa y con sus hijos en el domicilio, sus hijos también están escolarizados. Es entonces claro que unen al actor importantes vínculos con España.

CUARTO A la vista de todo lo actuado, la existencia de hijos menores nacidos en España del actor con los que mantiene reales vínculos han de determinar en este caso, siguiendo la doctrina sentada por esta Sala, y dejan sin efecto la expulsión, es por ello que procede en este supuesto estimar el recurso de apelación

interpuesto y revocar por lo tanto la sentencia impugnada, al no haberse apreciado correctamente por el Juzgador a quo las circunstancias expuestas.

QUINTO.-No hay pronunciamiento sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

En nombre de Su Majestad El Rey, y por la autoridad que nos confiere El Pueblo Español,

FALLAMOS

Que debemos estimar como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del [REDACTED] contra la Sentencia nº 333/2012 de fecha 23 de julio de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de esta capital, recaída en el procedimiento Abreviado 177/12 revocando dicha Sentencia, que dejamos sin valor ni efecto.

No se hace imposición de costas

Con testimonio de esta resolución, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: En Pamplona, a veinticuatro de Enero de dos mil trece. La extiendo yo, la Secretaria, María Angeles Ederra Sanz, para hacer constar que en el día de la fecha, me ha sido entregada la precedente sentencia debidamente firmada para su notificación a las partes y publicidad

establecida legalmente, uniendo a los autos certificación literal de la misma y archivando el original. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se notifica vía telemática anterior resolución a la Procuradora **Sra. DE LA PARRA HERMOSO DE MENDOZA** y al **Sr. ABOGADO DEL ESTADO**, a los efectos pertinentes. Doy fe.