

Nº 27/03/2013

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO / EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P./PK: 48001
TEL.: 94-4016655

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 48.04.3-09/003251
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 48.020.45.3-2009/0003251

C/ Cristo, 9 bis - 5ª
48007 BILBAO

Comisión de Ayuda
al Refugiado en Euskadi
GIF: 648839856

Tel.: 94 424 88 44
Fax: 94 424 59 38

Procedimiento / Prozedura: Recurso apelación / Apelazioko errekurtsoa 482/2010
- Seccion 3ª / 3. Atala

Juzgado origen / Jatorriko epaitegia: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao / Bilboko
Administrazioarekiko Auzien 4 zk.ko Epaitegia
Procedimiento origen / Jatorriko Prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 662/2009

Apelante / Alderdi apelatzailea: ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-
Representado por / Ordezkaría: ABOGADO DEL ESTADO

Apelado / Alderdi apelatua:
Representado por / Ordezkaría: SUNIVA MARTINEZ ESTARTA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE
AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL

DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA/JAKINARAZTEN DEN DOKUMENTUA: SENTENCIA.-

Adjunto remito copia literal del documento que se indica en el encabezamiento, en el que consta el recurso que cabe contra lo acordado, así como el plazo y el órgano ante el que debe interponerse y le hago saber que el cómputo de dicho plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a la fecha de recepción del presente.

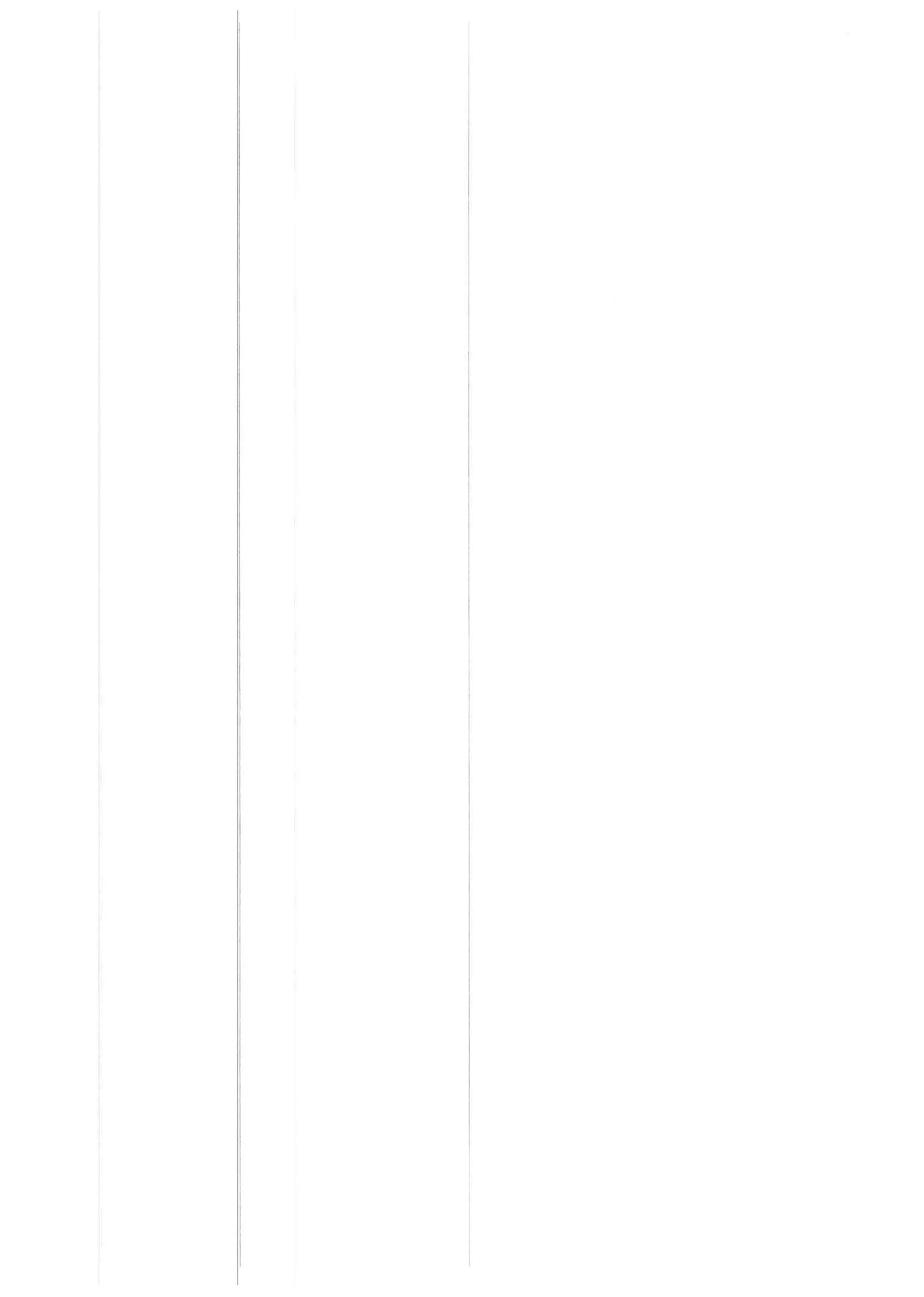
Honekin batera bidaltzen dut goiburuan adierazten den dokumentuaren hitzez hitzeko kopia; bertan zehazten da zein errekurtsu jar daitekeen, zein epetan eta zein organoren aurrean, eta ezagutzera ematen dizut idazki hau jaso eta hurrengo egunetik hasiko dela kontatzen epe hori.

En Bilbao, a veinte de marzo de dos mil trece.

Bilbao(e)n, bi mila eta hamahiru (e)ko martxoaren
hoge(e)tan

EL/LA SECRETARIO JUDICIAL / IDAZKARI JUDIZIALA

MARTINEZ ESTARTA SUNIVA-Letrada de
HURTADO DE AMEZAGA 27-7 DPT 48008 (BIZKAIA)



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 482/2010

SENTENCIA NUMERO 175/2013

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D. ANTONIO GUERRA GIMENO
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO



En la Villa de Bilbao, a ocho de marzo de dos mil trece.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 3-2-10 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 662/2009, en el que se impugna, la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se deniega la autorización de residencia temporal.

Son parte:

- **APELANTE:** ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR-, dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

- **APELADO:** *[Nombre]*, dirigido por la Letrada Dª. SUNIVA MARTÍNEZ ESTARTA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por ADMINISTRACION DEL ESTADO -MINISTERIO DEL INTERIOR- recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando el presente recurso de apelación, declare la no conformidad a derecho de la sentencia apelada y, consecuentemente, la actuación a derecho de la resolución administrativa.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación, verificada la oposición por la apelada, suplicó acuerde desestimar íntegramente el recurso interpuesto, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos, con expresa imposición de las costas procesales a la recurrente..

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 19/2/2013, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración General del Estado se impugna la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Bilbao, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 662/09.

La sentencia estima el recurso jurisdiccional interpuesto por contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se deniega la autorización de residencia temporal.

Aprecia el juzgador, en lo que interesa al presente recurso que:

<<<...se impugna la resolución por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la precedente de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya en la que se deniega la autorización solicitada en vía administrativa en base a la existencia de informe gubernativo desfavorable en el que se reseña que al demandante le constan antecedentes policiales.

...por este magistrado se llega a la conclusión de que se cumplen los requisitos exigidos para que proceda declarar que la resolución impugnada infringe el ordenamiento jurídico por el motivo invocado ya que, a la luz del anterior criterio de que el derecho a la presunción de inocencia también es aplicable al régimen de concesión de autorizaciones en materia de extranjería tal y como se viene declarando en ocasiones precedentes (véase por todas la sentencia nº 132/2007, de 23 de mayo) acogiendo similares argumentos a los vertidos en este sentido en el escrito de demanda, los antecedentes reseñados en el informe policial no son suficientes para denegar el permiso solicitado en vía administrativa además de que, según la documentación aportada, consta la minoría de edad penal de la parte recurrente en el momento de los hechos a los que se refiere aquel informe por lo que tales antecedentes no pueden computarse en honor a la función tutelar y no punitiva que tiene la jurisdicción de menores...>>>

B) Posición de la parte apelante.

La parte apelante interesa el dictado de una sentencia que revoque la sentencia de instancia alegando, en lo que interesa al presente recurso que:

<<<.....Esta parte, con todos los respetos debidos al Juzgador, no comparte la fundamentación contenida en la sentencia y la estima contraria al Ordenamiento Jurídico, siendo dos los puntos de discrepancia: en primer lugar, la cuestión relativa al supuesto desconocimiento del resultado de las actuaciones policiales, y, en segundo lugar, la posibilidad de emitir informe desfavorable con base en conductas realizadas por el extranjero durante su minoría de edad.

Por lo que se refiere a la primera de las objeciones mencionadas, el Juzgador parece no haber tenido en cuenta que el propio informe del programa Hemen, aportado por el interesado junto a su escrito de interposición de un recurso de reposición, señala lo siguiente (folios 49 y 50 del expediente):

"Asimismo, queremos manifestar que la detención que tuvo lugar el 18 de mayo de 2008 se realizó siendo el interesado menor de edad, motivo por el cual la tramitación del procedimiento judicial se produjo al amparo de la Ley del menor, habiéndole recaído finalmente como medida correctora 40 horas de trabajos en beneficio de la comunidad."

Este dato se reiteraba también en el fundamento segundo de la demanda, de modo que no puede afirmarse que nos encontremos ante una mera detención sin consecuencias jurídicas penales, sino ante un supuesto en el que se acreditó la culpabilidad del interesado, siendo objeto de una sanción penal, si bien, ello es cierto, no conforme al Código Penal, sino a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM).

Las sanciones previstas en dicha Ley se imponen como consecuencia de la comisión de un delito tipificado y exigen, en consecuencia, la acreditación de la culpabilidad de la persona objeto del procedimiento regulado en dicha Ley. Por tanto, si en el presente caso, [redacted] fue objeto de una sanción, como se reconoce por el propio interesado, ello es porque cometió el delito del que se le acusaba (robo con violencia o intimidación, tal como consta en el informe gubernativo, folio 38 del expediente).

Ciertamente, la Administración no habría tenido conocimiento de dicha condena de no ser por las propias alegaciones del interesado, pero es que, tratándose de menores, no puede la Subdelegación del Gobierno conocer el resultado de las actuaciones penales llevadas a cabo, como consecuencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la LORPM, a cuyo tenor, "en el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias."

Así pues, no puede obtenerse acceso al Registro de sentencias sino por parte del Ministerio Fiscal a efectos de la tramitación del procedimiento regulado en la propia Ley del menor y no, en consecuencia, a efectos de la tramitación de cualesquiera otros procedimientos, como puedan ser los de extranjería. De modo que, en el caso de expedientes de extranjería sobre menores, el informe desfavorable que puede emitir la Administración ha de versar necesaria y exclusivamente, por imperativo legal, sobre las actuaciones policiales, sin que exista un mecanismo legal articulado que le permita conocer el resultado de las mismas, so pena de infringir la LORPM.

Este dato nos lleva necesariamente al segundo argumento de este recurso. Señala la sentencia apelada que "los antecedentes reseñados en el informe policial no son suficientes para denegar el permiso solicitado en vía administrativa, además de que, según la documentación aportada, consta la minoría de edad penal de la parte recurrente en el momento de los hechos a los que se refiere aquel informe, por lo que tales antecedentes no pueden computarse en honor a la función tutelar y no punitiva que tiene la jurisdicción de menores."

En este punto, hay que recordar que el artículo 1.1 de la LORPM dispone que "esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales." Por tanto, al margen de la discutida naturaleza jurídica que tienen las medidas previstas en la ley del Menor, no cabe duda de que son auténticas sanciones que pueden llegar a ser privativas de libertad y que, en otros casos, se equiparan en su contenido material con las penas previstas y reguladas por el Código de adultos. Así pues, si bien las sentencias condenatorias dictadas conforme a la LORPM no son generadoras de antecedentes penales, ello no puede implicar como consecuencia necesaria que no puedan ser tenidas en cuenta a otros efectos distintos, ya

que, en el ámbito de los procedimientos de extranjería, la causa denegatoria es la existencia de un informe previo gubernativo desfavorable (art. 53.1 i) del Reglamento), el cual -obviamente- deberá estar suficientemente motivado en la comisión de hechos delictivos, pero no equivale a la existencia de antecedentes penales, como sí se dispone expresamente en otros supuestos.

Por tanto, debemos plantearnos cuál es el objeto sobre el que debe versar el informe gubernativo, para precisar su naturaleza. Así, podemos señalar que el mismo, para poder tener carácter desfavorable, debe fundamentarse en la realización por el interesado de determinadas conductas que sean merecedoras de un reproche. Con la finalidad de evitar concepciones ya felizmente superadas en nuestro Derecho, se ha señalado que no puede tratarse de un reproche moral o social, sino jurídico y, con el objeto de dotar de seguridad jurídica a un concepto jurídico indeterminado como lo es el carácter desfavorable del informe, impidiendo la arbitrariedad de la Administración, se ha destacado que el mismo debe fundamentarse en la realización de conductas delictivas, esto es, tipificadas como infracción penal.

Sentado este punto de partida, el carácter desfavorable del informe exige el cumplimiento de dos requisitos adicionales: la existencia de la conducta delictiva (de ahí que la jurisprudencia exija la realización de actuaciones judiciales acreditativas de la existencia de indicios de delito y venga señalando que el informe no puede basarse en meras detenciones) y una cierta gravedad de dicha conducta, adicional a la ínsita en su carácter delictivo, esto es, un plus de gravedad, de reproche (de ahí que sea discutible un informe basado en un delito imprudente y que la jurisprudencia venga señalando que la comisión de delitos contra la propiedad intelectual no reúne la gravedad suficiente para determinar el carácter negativo del informe).

Pero, una vez cumplidos estos requisitos, será irrelevante a los efectos del informe la determinación concreta de la pena en atención a las circunstancias concurrentes, como puedan ser los grados de ejecución y de participación en el delito. Así, el hecho de que el interesado no fuera autor, sino mero cómplice del delito, o que éste no se consumara, sino que quedara en grado de tentativa, dará lugar a una atenuación de la pena, pero en modo alguno afectará al informe gubernativo. Y ello porque, a diferencia de la pena, el informe no es susceptible de graduación: el mismo tiene carácter favorable o desfavorable, sin que pueda existir un término medio. Estará más o menos fundamentado, pero ello será una cuestión de interpretación jurídica, sin que quepa adoptar una posición intermedia. En consecuencia, una atenuación de pena en atención a las circunstancias concurrentes afectará a la pena, pero no al carácter desfavorable del informe, en la medida que lo que éste tiene en consideración es la naturaleza y gravedad del delito cometido, considerado in abstracto. Cuestión distinta sería la concurrencia de una eximente, puesto que, en tal caso, nos encontraríamos ante la falta de antijuridicidad de la conducta, esto es, su falta de reprochabilidad en vía penal, por lo que no podría tenerse en cuenta como motivación del informe desfavorable.

Desde este punto de vista, podemos analizar cuáles son los efectos de la minoría de edad en el ámbito penal. Los mismos se concretan en una modificación:

1º del procedimiento aplicable para determinar la existencia de responsabilidad criminal (pues el procedimiento se sustancia conforme a la LORPM y no conforme a la Lecrim) y 2º Del régimen sancionador, pues no se aplicarán las penas del Código Penal, sino las medidas de la LORPM, ya que, conforme al artículo 19 CP, "los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor."

Pero la minoría de edad en modo alguno supone una modificación de las conductas tenidas en consideración y enjuiciadas, puesto que el artículo 1.1 LORPM dispone que "esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales...">>>

C) Posición de la representación procesal de la apelada.

La parte apelada se opone al recurso de apelación e interesa una sentencia confirmatoria de la dictada en la instancia.

SEGUNDO.- Procede la desestimación del recurso de apelación.

En relación con el motivo de apelación versado sobre la relevancia de los hechos enjuiciados por Juzgados de Menores para fundamentar, un informe gubernativo previo desfavorable a los efectos del art. 53.1.i) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión litigiosa considerada.

Así, en sentencia de esta misma Sala, Sección 2ª, de fecha 30 de julio de 2008 (Magistrada Ponente D.ª Ana Isabel Rodrigo Landazabal, recurso de apelación n.º 336/2006, Fundamento de Derecho Tercero, ROJ STSJ PV 3156/2008) se afirma:

"TERCERO.- En el supuesto que nos ocupa la sentencia que se apela, considero que el informe gubernativo desfavorable no justificaba la denegación de la autorización, argumentando que los antecedentes reseñados en el informe se refieren a una fecha en la que el recurrente era menor de edad, "por lo que tales antecedentes no pueden computarse en honor al carácter tutelar de la jurisdicción de menores".

Al Abogado del Estado discrepa de esta consideración, argumentando que la solicitud se efectúa cuando el Sr. Gabriel es mayor de edad, que tenía 17 años cuando sucedieron los hechos, que las víctimas también merecen atención, que la LO 5/2000 contempla una agravación en la comisión de delitos que se caracterizan por violencia o intimidación por mayores de 16 años; y se cita la Instrucción de la Fiscalía General del

Estado 3/2003.

Estima la Sala que los argumentos sostenidos por el Abogado del Estado no son suficientes para revocar la decisión contenida en la sentencia que se apela. En el supuesto concreto consta que el Sr. Gabriel fue condenado por el Juzgado de Menores, a una pena de ocho meses de libertad vigilada como autor de un delito de robo con violencia e intimidación. Sin embargo, en el ámbito de la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores, no se contemplan "antecedentes penales", por el carácter eminentemente educativo de la intervención. Es decir, no puede operar la causa prevista en el art. 53.1.a) del RD 2393/2004 (cuando consten antecedentes penales...). Esta cuestión tiene relevancia porque el informe gubernativo desfavorable se sustenta en dos actuaciones policiales, por hechos que tuvieron lugar cuando el SR. Gabriel era menor de edad. Uno de los expedientes finalizó al decretarse de oficio la prescripción; y en el otro se dictó sentencia imponiendo una medida de internamiento, cuyo cumplimiento finalizó el 31 de mayo de 2005 .

Si, como hemos indicado, incluso la existencia de sentencias dictadas por el Juzgado de Menores, al no dar lugar a la constancia de antecedentes penales, no operan a los efectos del art. 53.1.a) del RD 2393/2004 , hay que entender que las intervenciones policiales referidas a hechos acaecidos cuando el solicitante era menor tampoco pueden considerarse suficientes para sustentar el informe desfavorable con los efectos denegatorios de la autorización solicitada, cuando no existe ningún elemento que permita concluir que tras la mayoría de edad se mantiene un comportamiento personal que constituya una amenaza real para el orden público.

Es por ello que, estima la Sala, procede mantener la sentencia apelada."

Doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso.

Por todo lo expuesto, el recurso de apelación debe ser desestimado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, procede efectuar imposición sobre las costas a la apelante.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, REGISTRADO
CON EL NÚMERO 482 DE 2010, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN

PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA 3 DE FEBRERO DE 2010 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 4 DE BILBAO, RECAÍDA EN LOS AUTOS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 662/09 DEBEMOS :

PRIMERO.- CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS, LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO.- CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS A LA APELANTE.

ESTA RESOLUCIÓN ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE INTERPONER RECURSO ORDINARIO ALGUNO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.



PUBLICACION.- Leida y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and curves, positioned over the text of the document.

