

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEVILLA**

*-SECCIÓN TERCERA-*

**SENTENCIA**

**RECURSO de APELACIÓN Nº 219/2012**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.**

**PRESIDENTE:**

**D. VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ**

**MAGISTRADOS:**

**D. PABLO VARGAS CABRERA**

**D. GUILLERMO DEL PINO ROMERO**



En la ciudad de Sevilla, a nueve de mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el recurso de apelación registrado con el número 219/12, interpuesto por D. [redacted] representado y defendido por la Letrada Dª Bárbara Luna Macías, contra la Sentencia de 12 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Seis de Sevilla en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento abreviado número 14/2010, en relación con medida de expulsión del territorio nacional, habiendo comparecido como apelada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO -SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN SEVILLA-, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Pablo Vargas Cabrera, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En el indicado día el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, dictó Sentencia estimatoria parcial del recurso también señalado, interpuesto en relación con resolución de adopción de medida de expulsión del territorio nacional.

**SEGUNDO.** Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución formulándose los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida, se terminó solicitando que en su día previos los

trámites legales se dictara Sentencia por la que con estimación de este recurso de apelación, se dejara sin efecto la apelada.

**TERCERO.**- Teniendo por presentado el recurso y acordado su traslado a la recurrida, tras la presentación por ésta de su escrito de oposición, se elevaron las actuaciones a esta Sala, en la que no habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, el recurso fue declarado concluso, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento fijado al efecto para votación y fallo, que ha tenido lugar el día de ayer.

**CUARTO.**- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente frente a la resolución del Subdelegado del Gobierno en Sevilla que acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante diez años.

El recurso de apelación lo fundamenta la apelante en estimar la sentencia contraria a Derecho en primer lugar, por cuanto muestra su discrepancia con la aplicación que hace la sentencia del artículo 57.2 de Ley Orgánica 4/2000 así como de las circunstancias personales y familiares que concurren en el interesado, por lo que la sanción de expulsión debe revocarse.

La Administración del Estado sostiene la correcta interpretación del citado precepto de la Ley Orgánica 4/2000 que efectúa la sentencia apelada.

**SEGUNDO.**- En cuanto a la singular cuestión suscitada en el recurso de apelación, sostiene la actora que no se ha aplicado correctamente por la Administración el señalado artículo 57.2 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues la pena con la que ha sido sancionado -en concreto y en abstracto- no supera el año de privación de libertad, pues fue condenado de conformidad con los artículos 171, 4 y 5 y 74 (tipo aplicado cuya pena en abstracto va de

seis meses a un año de privación de libertad), concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8, todos ellos del Código Penal a la pena de un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y costas.

Esta Sala (Sección Segunda) en la sentencia de 12-7-2012, rec. 293/2012, (vid. sentencia de 19-10-2009, rec. 18/2009) en supuesto semejante a este, en concordancia con la doctrina jurisprudencial reflejada en la propia sentencia apelada, ha declarado que: "...el art. 57.2 de la LOEX dispone que "Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la 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 hubieran sido cancelados". Con los datos antes expuestos, es indiscutible que concurre en este caso la causa de expulsión aplicada prevista en el citado precepto pues la expulsión se impone de forma imperativa y como única consecuencia legal posible prevista. En este supuesto, la expulsión no puede ser confundida con una sanción, de la que la separan el fundamento y los fines que persigue (STC 242/1994, fundamento jurídico 4 y STS de 29 de noviembre de 2004); es decir, no se contempla una sanción sino que establece que la condena por conducta dolosa constitutiva de delito sancionable con pena privativa de libertad superior a un año "constituirá causa de expulsión".

Conforme al artículo 57.5.b) "La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado". Consideramos que no resulta aplicable dicha excepción al supuesto enjuiciado, es decir, al residente de larga duración pues como se dijo, no nos hallamos ante una sanción, presupuesto éste de la excepción, sino ante la consecuencia legalmente prevista de haber sido condenado por conducta dolosa constitutiva de delito a pena privativa de libertad superior a 1 año, y ello resulta determinante por encima del arraigo que pudiere tener el extranjero.

En definitiva, resulta de aplicación el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería, no así, la excepción prevista en el apartado quinto del citado precepto, ya que, a pesar de que el recurrente cuente con una autorización de residencia de larga duración, esta causa de exclusión de la expulsión sólo resulta aplicable a los supuestos en que la sanción se aplica en virtud del artículo 57.1, pero no cuando la mencionada sanción es consecuencia de una condena penal por delito doloso a más de un año de prisión, es decir, artículo 57.2. Y en estos concretos casos, la situación de residencia legal de larga duración no constituye una excepción a la expulsión, es decir, cuando existe sentencia penal firme no entran en juego las excepciones previstas en el apartado 5 de ese mismo artículo, excepciones que se circunscriben y aplican únicamente a los supuestos que no constituyan el comportamiento previsto en el apartado a) del punto 1º del artículo 54.”.

**TERCERO.-** Se hace necesario, con carácter previo a dilucidar si la anterior doctrina es aquí aplicable, determinar si estamos en el supuesto reglado de punición de la conducta dolosa del mencionado precepto que determina la consecuencia inmediata de la expulsión y extinción del permiso de residencia.

Así, en cuanto a los datos y circunstancias personales que concurren, la sentencia dice que: “ En el caso de autos del expediente administrativo resulta que la recurrente fue condenada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Málaga como autor responsable de un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 1 año de prisión, con prohibición de aproximarse a D<sup>a</sup> I a su domicilio o lugar de trabajo en una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de tres años, entre otras, y sin que consten que dichos antecedentes penales hayan sido cancelados”.

El demandante, de nacionalidad de Argentina y casado con ciudadana española, tiene dos hijas de nacionalidad española. Se halla separado de su cónyuge. Tenía una orden de alejamiento de su ex pareja que tiene la guarda y custodia de los hijos. Que dicha pareja manifiesta que no tiene ninguna relación con el recurrente ni recibe ayuda económica, y consta un auto judicial en el que se le reconoce un régimen de visitas. Por último, el 30 septiembre 2009 le fue denegada la renovación de la residencia permanente.

Por otra parte, la recurrente –como antes se dijo- alega que la pena con la que ha sido sancionado en concreto y en abstracto no supera el año de prisión de conformidad con el artículo 171, 4 y 5 y 74.

La Administración del Estado sostiene que la condena es por un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar, en presencia de menores de los artículos artículo 171, 4 y 5 y 74, del código penal y, si bien la pena se queda en el límite justo del año, en abstracto excede por ser un delito de naturaleza continuada definido en el artículo 74 antes expuesto y en consecuencia superando los límites de penalidad en abstracto.

No se comparte este criterio desde el momento en que se hace una interpretación in malam partem, esto es, entendiendo que los elementos accidentales del delito o la forma continuada de aparición del mismo -por escaso margen- permiten elevar la posibilidad de una pena del año de privación de libertad. Ciertamente es debatido por la doctrina jurisprudencial ese carácter concreto o abstracto pero lo que es incuestionable desde los principios del derecho sancionador es que en caso de duda hemos de entender como incumplido el elemento reglado de la duración de la pena.

Debemos agregar también a esta consideración los elementos concurrentes en el presente caso y que antes se mencionaban tales como que el demandante se halla casado con ciudadana española con la que tiene dos hijas de la misma nacionalidad si bien se halla separado de su cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos así como que consta un auto judicial en el que se le reconoce un régimen de visitas como progenitor de las hijas menores.

Por todo ello procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución sancionadora que constituye su objeto.

**CUARTO**.- Al no haber, a nuestro juicio, circunstancias que justifiquen otro distinto pronunciamiento, de acuerdo con el art. 139.2 L.J.C.A. y dado el sentido de esta resolución, no procede hacer expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## **FALLAMOS**

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. [REDACTED] contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Seis de Sevilla en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento abreviado número 14/2010, que revocamos, procediendo en su lugar a anular la resolución que constituye su objeto.

SEGUNDO.- No hacer expresa declaración sobre pago de costas procesales causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente sentencia que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

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

**PUBLICACIÓN**.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-