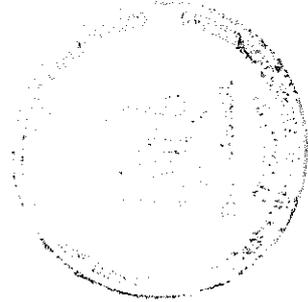


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 251/2011

SENTENCIA NUMERO 622/2013



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

MAGISTRADOS:
D.RAFael VILLAFañEZ GALLEGO
DÑA.MARGARITA DIAZ PEREZ

En la Villa de Bilbao, a treinta de octubre 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 29.11.10 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 612/2010.

Son parte:

- **APELANTE:** MOHAMMED CHELIHI, representado por el Procurador D.ENRIQUE ALFONSO MASIP y dirigido por el Letrado D.ANTONIO LLAVADOR RUIZ.

- **APELADO:** SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFañEZ GALLEGO.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

15 NOV 2013

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por MOHAMMED CHELIHI recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

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 .

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 29/10/2013, 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.- Don Mohammed Chelihi recurre en apelación la sentencia n.º 606/2010, de fecha 29 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vitoria-Gasteiz en el Procedimiento Abreviado n.º 612/2010. La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Álava, de fecha 16 de junio de 2010, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 3 de mayo de 2010, que denegaba la autorización de residencia de larga duración.

En lo que interesa al presente recurso de apelación, la sentencia de instancia razona del siguiente modo en el Fundamento Jurídico Segundo:

"(...) En el presente caso consta acreditado en autos, y no es objeto de discusión, que el recurrente ha sido condenado por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Burgos en Sentencia firme de 18 de marzo de 2009 por la comisión de un delito de violencia doméstica, lesiones y maltrato familiar, a la pena de 6 meses de trabajos en beneficio de la comunidad y 1 año y 6 meses de prohibición de aproximarse a la víctima y familiares.

El delito de violencia doméstica supone una conducta activa de agresión, que ha sido objeto de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, dando lugar a la creación de Juzgados especializados, y la regulación específica de una protección integral desde el punto de vista legal, social y económico a las víctimas hasta el punto

que ha dejado de ser considerado un comportamiento privado, para tener una gran influencia en el ámbito público, y así, la primera frase de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género reza literalmente "la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado", para a continuación señalar que "ya no es un "delito invisible", sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social", entroncando la protección y represión de este tipo de delitos directamente con el artículo 15 de la Constitución.

Sostener que la comisión de este tipo de delitos no genera alarma social es poco menos que negar la existencia de los delitos de violencia doméstica; y a ello se une la circunstancia de que existe otra condena por otro delito violento.

En definitiva, siendo la verdad judicial la existencia de una condena por delito que supone una actitud violenta, y que genera una alarma social por su propia naturaleza, queda perfectamente justificada la inclusión de la situación del recurrente en el concepto jurídico indeterminado previsto en el artículo 6 de la Directiva citada, sin olvidar que la propia legislación nacional habilita el examen de los antecedentes penales antes de conceder el estatuto de residente permanente.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso, entendiéndose plenamente justificada la resolución impugnada".

La parte apelante solicita la revocación de la sentencia de instancia. En síntesis, sostiene que la resolución apelada infringe el régimen legal aplicable a la autorización de residencia solicitada, pues no resulta subsumible el supuesto enjuiciado en el art. 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sino en el art. 37.3 de la misma disposición general. Denuncia la parte apelante que la sentencia no ha valorado debidamente la larga residencia del extranjero en España, su matrimonio con ciudadana española, tener un hijo menor de edad español que sufre graves problemas de salud, además de ser la pena impuesta de escasa entidad, pues no se impuso pena de prisión.

La Administración General del Estado solicita la confirmación de la sentencia de instancia. Entiende la parte apelada que la residencia permanente se regula en el art. 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el art. 72 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. No resultan de aplicación los preceptos que refiere la parte apelante. Los preceptos de aplicación han sido interpretados de conformidad con los criterios jurisprudenciales sentados por la Sala en casos análogos. Los hechos delictivos sancionados en los antecedentes penales presentan plena actualidad y ponen en peligro el orden público o la seguridad pública. La vigencia de la orden de prohibición de acercamiento a la víctima evidencia que existen motivos suficientes para preservar

aquéllos bienes jurídicos ante conductas posibles del apelante que los puedan poner en peligro.

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto, la sentencia de instancia considera correctamente denegada la residencia de larga duración al ciudadano extranjero en atención al dato de que constan en contra del mismo antecedentes penales por la comisión de un delito de violencia de género y que los mismos resultan subsumibles en la excepción de orden público y seguridad pública prevista en el art. 6.1 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que establece: “*Los Estados Miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que represente la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia*”.

La sentencia de instancia, al alcanzar la conclusión favorable a la confirmación de la decisión administrativa, únicamente tiene en cuenta el antecedente penal, sin valorar o, en palabras de la Directiva citada, “*tener también debidamente presente*” la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia. En cuanto a la duración de la residencia, la misma se ha extendido durante un período de cinco años, pues este es el requisito básico al que se subordina la concesión de la autorización de residencia solicitada en los arts. 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 72.1 del Real Decreto 2.393/2004, de 30 de diciembre. Respecto a los vínculos con el país de residencia, existen tres datos fundamentales alegados y acreditados por el recurrente. Está casado con una ciudadana española desde el 14 de noviembre de 2003 (f. 14 e.a.). Tiene un hijo de nacionalidad española y menor de edad (nacido el 24 de diciembre de 2004, f. 14 e.a.). Y el hijo menor de edad padece además una enfermedad grave (ff. 18 y 19 e.a.).

En la ponderación de todas estas circunstancias la conclusión que alcanza la Sala es distinta de la contenida en la resolución apelada. Compartimos plenamente la valoración en abstracto de la gravedad de los delitos de violencia de género, tal y como se expresa en la resolución apelada y en el escrito de oposición del Abogado del Estado, y así lo hemos declarado reiteradamente. Ahora bien, ello debe ponerse en conexión con las circunstancias de cada caso concreto, pues el art. 6.1 de la Directiva indica que, junto al tipo de delito, han de valorarse la gravedad del mismo, la peligrosidad del extranjero, la duración de la residencia de éste y su vinculación con el país de residencia. De este modo, en el presente caso, resulta que la pena de prisión originariamente impuesta de 6 meses de prisión le fue sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad por igual período (f. 11 e.a.). Junto a ello, no se ha acreditado que el extranjero haya reincidido en ese tipo de conductas ni que haya infringido las prohibiciones a las que fue condenado por la

sentencia penal, habiendo solicitado y obtenido, además, la reanudación del régimen de visitas respecto de su hijo menor de edad (f. 41 e.a). Respecto a los vínculos con el país de residencia, debe destacarse la paternidad de un hijo menor de edad español que se encuentra gravemente enfermo.

Este último hecho es esencial al inclinar la balanza hacia la concesión de la residencia solicitada por el extranjero en el presente caso. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que *“se ha reconocido, en el marco del Derecho comunitario, la importancia de garantizar la protección de la vida familiar de los nacionales comunitarios con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por el Tratado. Excluir a una persona del país en que viven sus parientes cercanos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se encuentra protegido en el artículo 8 del CEDH, que forma parte de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véase la sentencia Carpenter, antes citada, apartado 41)”* (sentencia de 29 de abril de 2004, asunto Orfanopoulos, C-482/01 y C-493/01, § 98). En esta misma sentencia se establecen los límites a tener en cuenta: *“es importante subrayar la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad. Para apreciar si la injerencia considerada es proporcionada con el fin legítimo que se persigue, en este caso la protección del orden público, hay que tener en cuenta en particular la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el interesado, la duración de su estancia en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción, la situación familiar del interesado y la gravedad de las dificultades que pueden atravesar el cónyuge del interesado y, en su caso, los hijos de ambos, en el país de origen de éste (véase, en lo que se refiere al artículo 8 del CEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia Boulouf contra Suiza de 2 de agosto de 2001, Recueil des arrêts et décisions, § 48).”* (sentencia de 29 de abril de 2004, § 99).

En conclusión, hemos de considerar contrario al derecho fundamental consagrado especialmente en el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*“Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”*) la decisión administrativa que, al aplicar el art. 6.1 de la Directiva 2003/109/CE, prima y valora en exclusiva la circunstancia de haber sido condenado previamente el extranjero por un delito de violencia de género, en las condiciones que han sido declaradas precedentemente. Y es que, por encima de esta última circunstancia, debe operar a favor del reconocimiento al extranjero de la autorización de residencia solicitada el derecho de su hijo menor, ciudadano de la Unión de corta edad, a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su progenitor, atendiendo además como

elemento relevante a la circunstancia de encontrarse el nacional comunitario gravemente enfermo, lo que intensifica la necesidad y oportunidad de dichas relaciones.

Y es que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asunto O. y S., C-356/11 y C-357/11, § 78): *"corresponde a los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, sino también procurar no basarse en una interpretación de un texto de Derecho derivado que entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse, las sentencias, antes citadas, Parlamento/Consejo, apartado 105, y Detiček, apartado 34)."*

Procede, por ende, revocar la sentencia de primera instancia y, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el apelante contra la actividad administrativa referenciada, procede anular ésta y reconocer el derecho del recurrente a la autorización de residencia solicitada.

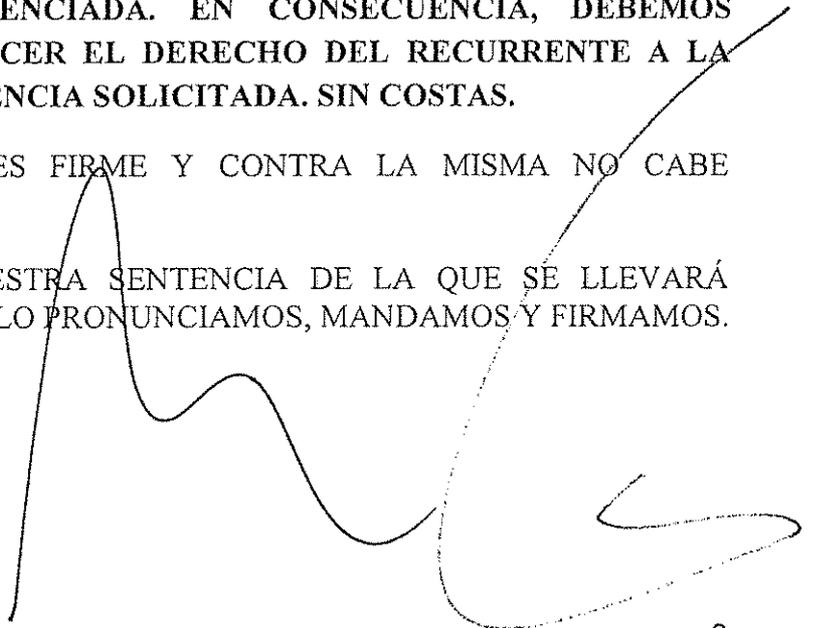
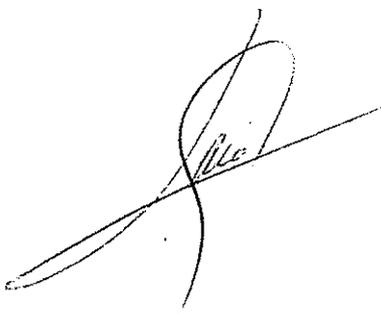
TERCERO.- Sin costas (art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 251/11, INTERPUESTO POR DON MOHAMMED CHELIHI CONTRA LA SENTENCIA N.º 606/2010, DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 DE VITORIA-GASTEIZ EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 612/2010, DEBEMOS REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y, EN SU LUGAR, ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL ACTOR-APELANTE CONTRA LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REFERENCIADA. EN CONSECUENCIA, DEBEMOS ANULAR ÉSTA Y RECONOCER EL DERECHO DEL RECURRENTE A LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA SOLICITADA. SIN COSTAS.

ESTA SENTENCIA ES FIRME Y CONTRA LA MISMA NO CABE RECURSO ALGUNO.

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



PUBLICACION.- Leída 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 Secretario doy fe.

