

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sentencia 539/2014, de 7 de octubre de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 285/2013

SUMARIO:

Extranjería. Expulsión del territorio nación al. Proporcionalidad de la expulsión. Derecho a la vida familiar. Causa de expulsión del territorio español al extranjero que incurre en el supuesto definido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año. Ahora bien, en este caso, debe primar el derecho a la vida familiar del extranjero sobre la protección del orden público y la seguridad ciudadana vinculada a la expulsión prevista en dicho artículo, no debe olvidarse que la sanción de expulsión impuesta lleva aparejada la prohibición de entrada en territorio Schengen, por lo que es improcedente la sanción de expulsión de quien tiene condena superior a un año por un día y prevalece la protección de su vida familiar dado que su madre (residente en Bélgica) está en fase terminal de su enfermedad y desconociendo el período de vida que le resta, en función de la enfermedad que padece, supondría un sacrificio desproporcionado privar al recurrente de relacionarse con ella en esta fase de su vida.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 10, 18.1, 39 y 53.3.

Código Civil, art. 3.

Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y libertades de los extranjeros), arts. 53.1 a) y 57.2 y 5 d).

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 8.1.

PONENTE:

Don Rafael Villafañez Gallego.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 285/2013

SENTENCIA

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:



www.civil-mercantil.com

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO
D^a. MARGARITA DIAZ PEREZ

En la Villa de Bilbao, a siete de octubre de dos mil catorce.

La Sección 3^a 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 5 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de VITORIA - GASTEIZ en el recurso contencioso-administrativo número 287/2012 .

Son parte:

- APELANTE : Valentín , representado por D. EDUARDO RAMON LOPEZ CRUZ y dirigido por la Letrada D^a. RAQUEL RINCON HERRERO.
- APELADO : SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

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

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Valentín 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 7/10/2014, 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.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

A) OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

D. Valentín recurre en apelación la sentencia n.º 17/2013, de fecha 5 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz en el Procedimiento Abreviado n.º 287/2012. La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra la sanción de expulsión del territorio nacional que le fue impuesta el 19 de junio de 2012 .

B) RAZÓN DE DECIDIR DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En lo que interesa a la presente apelación, la sentencia de primera instancia razona del siguiente modo en el Fundamento de Derecho Tercero:

"TERCERO.- Pues bien en el caso de autos, le constan al recurrente la siguientes condenas:

1.- Por Sentencia de fecha 23 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Vitoria-Gasteiz fue condenado por un delito de tráfico de drogas sin grave daño a la salud a la pena de 1 año y 1 día de prisión a la pena de multa de 1.500 euros. Dicha pena se encuentra suspendida por Auto dictado en septiembre de 2007 por plazo de CINCO años.

2.- Por Sentencia de fecha 10 de marzo de 2009 fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Vitoria-Gasteiz por un delito de lesiones a la pena de 6 meses y un día de prisión.

3.- Por Sentencia de fecha 4 de febrero de 2010 fue condenado por un delito de lesiones a la pena de 3 meses de prisión, y por un delito de atentado a la pena de un año de prisión.

Pues bien, ciertamente de todas esas condenas sólo una es superior a un año de prisión, la primera de ellas, pero teniendo en cuenta que en la resolución recurrida no sólo se aplica lo dispuesto en el art. 57.2 si no también el artículo 53.1. a) de la Ley 4/2000 , la resolución motiva suficientemente la sanción de expulsión, ya que a la falta de autorización de residencia en España, por haberse denegado la renovación de su permiso de residencia, se une la existencia de antecedentes penales en el acusado, por delitos de lesiones y por delitos contra la salud pública que justifican adecuadamente la sanción de expulsión impuesta.

Ahora bien, la resolución recurrida sin embargo no motiva la razón de la duración de la sanción de expulsión impuesta, por lo que en atención a las circunstancias familiares y personales del recurrente, que se encuentra en tratamiento de desintoxicación, y la existencia de familiares tanto en España como en Bélgica, que se considera excesivo el plazo de 10 años establecido que debe rebajarse a tres años.

Es por lo expuesto que se estima parcialmente el recurso en cuanto a la duración de la sanción de expulsión, desestimándose en los demás extremos al ser la resolución recurrida ajustada a derecho."

C) POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE.

D. Valentín solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.



www.civil-mercantil.com

Argumenta a tal fin, en primer lugar, que la Juzgadora aprecia erróneamente que el recurrente se encuentra incurso en la infracción prevista en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Alega, en este sentido, que el recurrente obtuvo una autorización de residencia y trabajo el 1 de abril de 2005, que fue renovada el 5 de julio de 2006 con validez hasta el 4 de julio de 2008. Denegada la segunda renovación, la parte apelante recurrió en vía contencioso-administrativa dicha decisión, estando pendiente de apelación ante esta Sala la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Entiende que no cabe imputarle la infracción de estancia irregular cuando está todavía pendiente la decisión sobre su situación jurídico-administrativa en España.

Alega también que aunque se dicte sentencia desestimatoria de la apelación, no es merecedor de la sanción de expulsión. Alega que la denegación de la renovación de la autorización de residencia se fundó en la existencia de una condena penal, pero que se debe tener en cuenta que dicha condena estaba suspendida por la falta de peligrosidad del recurrente y la escasa entidad de los hechos. Además, se trató de una conducta cometida en el año 2004, antes de regularizar su situación en el país, en la que incurrió por su problema de adicciones. Las penas que le han sido impuestas le han sido suspendidas con la condición de someterse a un tratamiento de desintoxicación. Afirma que existe una culpabilidad atenuada en orden a la infracción del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 y que tampoco existe una amenaza real o efectiva a la que pueda asociarse una valoración negativa sobre el daño o riesgo derivado de la infracción.

Por otra parte, considera que debe huirse de interpretaciones rigoristas y formalistas del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que vulneren los arts. 3.1 y 3.2 del Código Civil. El recurrente afirma que la sanción de expulsión impuesta desconoce la situación de arraigo familiar y laboral del recurrente en nuestro país. Percibe una prestación por desempleo por lo que sería aplicable el art. 57.5.d) de la Ley Orgánica 4/2000. La expulsión constituye una sanción inhumana toda vez que le priva de permanecer junto a su madre, que padece un cáncer terminal, y a la que no va a poder acompañar al final de su vida.

D) POSICIÓN DE LA PARTE APELADA.

La Administración General del Estado se opone a la estimación del recurso.

En síntesis, considera que la causa de la expulsión es que el extranjero incurre en el supuesto definido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año y que, en estos casos, no procede valorar la posible aplicación del art. 57.5.d) de la Ley Orgánica.

Segundo. *Sobre la proporcionalidad de la expulsión acordada a tenor del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.*

Como sostiene la parte apelada, la presente controversia debe girar en torno a la corrección o incorrección de la aplicación de la expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, pues la sentencia de instancia confirma su imposición al recurrente sobre la base de la existencia de una condena penal a una pena privativa de libertad superior a un año. La mención al art. 53.1.a) del mismo Texto Legal que se incluye en la resolución apelada debe considerarse efectuada a mayor abundamiento.

Debemos, por tanto, situarnos en la perspectiva de control de la correcta denotación del supuesto previsto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 que establece: " Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que



www.civil-mercantil.com

constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados ". En este contexto, la parte apelante opone la existencia de una situación familiar que debe primar frente a la protección del orden público y la seguridad ciudadana asociada a la actuación administrativa impugnada. En concreto, señala que su madre padece una enfermedad terminal y que, expulsándole, se le priva de acompañarla en sus últimos años de vida.

Al respecto, conviene recordar lo declarado recientemente por el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 186/2013, de 4 de noviembre de 2013 , Fundamento Jurídico Séptimo: "7. En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE , no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo ".

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 140/2009, de 15 de junio de 2009 , Fundamento Jurídico Sexto, se ha declarado la siguiente doctrina : ",En efecto, baste recordar a esos efectos, teniendo presente que por mandato del art. 10.2 CE , las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH ; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boultif c. Suiza , o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania).".

Pues bien, teniendo presentes estas declaraciones de nuestro Tribunal Constitucional, en las circunstancias del caso concreto enjuiciado consideramos que debe primar el derecho a la vida familiar del extranjero sobre la protección del orden público y la seguridad ciudadana vinculada a la expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 .

Este es el resultado de ponderar, por una parte, que el extranjero solo ha incurrido en una conducta penal que supere el límite previsto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 , pues de las condenas consideradas únicamente la impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Vitoria-Gasteiz excede de un año de privación de libertad. En segundo lugar, esa pena solo supera en un día el referido límite legal. En tercer lugar, como con acierto recoge la sentencia de primera instancia, la referida pena ha sido suspendida por el Juzgado de lo Penal. Por otra



www.civil-mercantil.com

parte, nos encontramos, como datos que afectan intensamente a la vida familiar del recurrente, que el mismo tiene familiares (madre y hermanos) residentes legales tanto en España como en Bélgica, como también recoge la sentencia de primera instancia, y que la residencia del recurrente en nuestro país se prolonga desde, al menos, el año 2005, fecha en que le fue concedida autorización inicial de residencia y trabajo ,documento n.º 11 de los acompañados a la demanda-. Pero sobre todo es la relación con su madre la que debe primar frente a la expulsión pues, como señala la parte apelante en su recurso, consta a los folios n.º 182 y 183 de las actuaciones de primera instancia que el recurrente ha sido autorizado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a visitar por plazo de un mes a su madre en Bélgica por encontrarse ésta enferma. Si bien la parte podía haber aportado una mayor prueba de la gravedad de la enfermedad que padece la progenitora del recurrente (se alude a un tumor cerebral en el acto de la vista y a un cáncer en fase terminal en el recurso de apelación), tampoco este extremo ha sido negado expresamente de contrario. En esta confrontación, consideramos que la protección de los intereses generales debe ceder, en las circunstancias expuestas, frente al interés particular del recurrente en el mantenimiento de sus relaciones familiares con sus hermanos y sobrinos y, en particular, con su progenitora, pues desconociendo el período de vida que le resta, en función de la enfermedad que padece, supondría un sacrificio desproporcionado privar al recurrente de relacionarse con ella en esta fase de su vida. No debe olvidarse que la sanción de expulsión impuesta lleva aparejada la prohibición de entrada en territorio Schengen y que, aunque la sentencia reduce el plazo de esta interdicción de diez a tres años, durante este último período podría producirse un perjuicio irreparable y definitivo a las relaciones entre el recurrente y su progenitora. La sanción penal que le ha sido impuesta no es suficiente, en el contexto de enjuiciamiento examinado, para considerar justificada la expulsión acordada.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de apelación y, con revocación de la sentencia de primera instancia, procede la anulación de la expulsión acordada a tenor del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 .

Tercero. Costas.

No ha lugar a su imposición (art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

III. FALLAMOS

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 285/2013, INTERPUESTO POR D. Valentín CONTRA LA SENTENCIA N.º 17/2013, DE FECHA 5 DE FEBRERO DE 2013, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 1 DE VITORIA-GASTEIZ EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N .º 287/2012, DEBEMOS:

Primero.

REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA .

Segundo.

EN SU LUGAR, ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ÁLAVA DE 19 DE JUNIO DE 2012.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Tercero.

EN CONSECUENCIA, ANULAR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNADA, CON LOS EFECTOS LEGALES INHERENTES A DICHA DECLARACIÓN.

Cuarto.

SIN COSTAS .

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.