

Para la Administración del Estado se puso de manifiesto en el acto de la vista, ante las manifestaciones de la demandante cuestionando los hechos que se la imputaban, que había solicitado información a la Comisaría de Policía en cuanto a las distintas filiaciones, informando que en el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil reseñan perceptiva y dactilarmente a todos los detenidos por delito, señalando que gracias a la exclusividad de las huellas dactilares y al Servicio Automático de Identificación Dactilar se conoce inmediatamente si un individuo con unas mismas impresiones dactilares ha utilizado diferentes nombres en su habitualidad delictiva, para señalar que en cuanto a la hoy apelante se manifestó que se trataba de una peligrosa y habitual delincuente que habría utilizado siete identidades distintas en las diez ocasiones en las que había sido detenida, así como que sobre ella pesaba una orden de prohibición de entrada en España por periodo de 10 años.

**QUINTO.- Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea; marco normativo de aplicación para denegarla en apreciación de razones de orden público o de seguridad pública.**

Al resolver sobre lo debatido en la instancia, sobre lo que decidió la sentencia ahora apelada, en relación a si la apelante tenía derecho a lo que solicitó el 26 de julio de 2010, la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, como consecuencia de haber contraído matrimonio en junio de 2010 con un ciudadano español, es necesario partir, como hizo la sentencia apelada, de la normativa europea que en ella se refiere, singularmente de su traslación al ordenamiento jurídico español que la encontramos en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que al regular las << limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública >>, en su Artículo 15 sobre la << medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública >>, señalaba [- remarcamos lo relevante en este supuesto -]:

<< 1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

[...]

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas

[...] >>.



Así en relación con ello debemos precisar que la necesidad de interpretar el derecho interno conforme a las normas de la Unión Europea, referidas por la sentencia apelada, lo que es pacífico, exige partir de lo dispuesto en la Directiva 2004/38/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El art. 27 de esta Directiva autoriza a los Estados a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia << por razones de orden público, seguridad pública o salud pública >>. Ahora bien, << las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado >>, la cual << deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad >>. El precepto establece en términos categóricos: << La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas >>.

Como recogíamos el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, aplicado en el presente supuesto, recoge con fidelidad ese contenido.

Pero es más, igual interpretación ha acogido el Tribunal Supremo español conforme a la doctrina sentada por el Tribunal de las Comunidades Europeas (TJCE). La STS de 11-12-2003 se basaba en la STJCE de 19 de marzo de 1999 (asunto C- 348/96 , Donatella Calfa), que, siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77) en relación con la expulsión de un ciudadano de un Estado miembro, asimila las razones de orden público con la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida».

La STJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-33/2007, referida por la sentencia apelada y por la apelante, se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara:

<< [23] la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés

fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutili, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35, así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66).

[24] Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general >>.

**SEXTO.- Estimación del recurso de apelación; derecho de la apelante a la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada.**

Con ese marco normativo, la solicitud de la hoy apelante solo podía denegarse por la Administración de existir motivos graves de orden público o seguridad pública, además de evaluando las circunstancias concurrentes en ella para el rechazo de la pretensión que se trasladó en vía administrativa, que solo se podía justificar cuando su conducta se acreditara que constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad, que debía ser valorada al resolver en relación con los informes que pudieran aportar las autoridades policiales, fiscales o judiciales a incorporar en el expediente, con la precisa matización de que la existencia de condenas penales anteriores no constituyera por sí sola razón para adoptar, en lo que aquí interesa, la denegación de la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En este caso, aplicando las pautas en los términos que venimos recogiendo, nos encontramos como en el expediente se deja constancia en el informe policial de distintas diligencias y, asimismo, se incorporó certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes en el que se deja constancia de que por sentencia de 27 de julio de 2007 del Juzgado de lo Penal 4 de Alicante, fue condenada la apelada como autora de delito de robo con violencia e intimidación, en grado de tentativa, a pena de un año de prisión, pena que se encontraba en suspensión durante el periodo de dos años.



Sobre ello es importante tener presente, por un lado, que solo consta una condena por delito, a la que nos hemos referido, y que, además, se encontraba suspendida en su ejecución, por lo que en su momento ya se tuvo que hacer, en el orden jurisdiccional penal, la oportuna valoración por el órgano judicial correspondiente.

Además, nos encontramos como en el curso del expediente se saca la conclusión directa y no singularmente valorativa de las circunstancias concurrentes en relación con los datos que reflejaba el informe policial obrante en el expediente, unido a la condena por delito, a la que nos hemos referido, sin perjuicio de reconocer algo que es obvio y que no puede ponerse en cuestión, la perturbación social que se desprende de cualquier infracción penal y, en principio, de los hechos que refieren las diligencias policiales.

Pero en este caso, en aplicación del régimen jurídico al que nos hemos referido, se exige un añadido, un plus, porque se debe motivar y justificar que la conducta de quien solicita la tarjeta de residencia de cónyuge de ciudadano español, representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y ello teniendo como punto de partida, a lo que ya nos hemos referidos, que el ordenamiento jurídico de aplicación expresamente prevé que ni la existencia de condenas penales anteriores, en plural, constituye por sí sola razón para adoptar las medidas, por lo que se exige una situación cualificada, con signo negativo, en la conducta del ciudadano extranjero que solicita la tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea, para poder concluir que en el momento de la solicitud constituía una real, actual y suficientemente grave amenaza que afectara a un interés fundamental de la sociedad, singularmente valorada por el órgano competente a resolver, lo que no podemos concluir que concurriera en este caso en la apelante, tomando como dato de mayor gravedad la condena por delito por la sentencia de 27 de julio de 2007, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Alicante que hemos referido, todo ello con independencia de que no consta la fecha de los hechos por los que se condenó, condena penal de prácticamente tres años antes de la solicitud, además de la relevancia que tiene en este supuesto el que la condena fuera suspendida, en relación con la situación concurrente en la solicitante en julio de 2010, tras el matrimonio con ciudadano español en el mes de junio de 2010.

Todo ello por la relevancia que tiene, de lo debemos partir, el matrimonio con ciudadano español en junio de 2010, que no está en cuestión, y la incidencia que tendría de no concederse la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada en la situación del ciudadano español que contrajo matrimonio con la hoy apelante, que es en relación con lo que ha de entenderse enlaza la referencia que hace el recurso de apelación al art. 39 de la Constitución, cuando viene a proclamar el principio de protección jurídica de la familia.

Por todo ello, en conclusión, analizados los antecedentes del supuesto, la Sala ha de concluir en estimar el recurso de apelación al discrepar de la conclusión alcanzada por la sentencia apelada, al no poder concluir, en relación con la apelante, respecto a la solicitud formulada el 26 de julio de 2010 de tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión Europea tras haber contraído matrimonio en junio de 2010 con ciudadano español, que se dieran eran razones relevantes de orden público, de seguridad pública, que justifiquen denegar la tarjeta de residencia solicitada que tendría como consecuencia la expulsión, y ello por el carácter estricto del ordenamiento jurídico comunitario, asumido por el ordenamiento interno, en cuanto a exigir que solo motivos graves de orden público y seguridad pública así lo justifiquen, además de que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, ratificando que el ordenamiento jurídico ordena que ni tan siquiera por la existencia de condenas penales previas, sin mas, constituya por sí sola razón para la denegación de la tarjeta solicitada, concluyendo la Sala que, en esta caso y analizadas las circunstancias concurrentes, no puede concluirse que en el año 2010, cuando solicitó la tarjeta de residencia, se diera tal amenaza.

Por todo ello, ratificamos la estimación del recurso de apelación y, por ello, la revocación de la sentencia apelada, que tiene como consecuencia, al resolver el debate de primera instancia, la estimación del recurso y revocación de las resoluciones recurridas, declarando el derecho de la apelante a que se emita la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada.

#### **SÉPTIMO.- Costas y depósito.**

Estando los criterios en cuanto a costas del art. 139 de la Ley de la Jurisdicción no se hace especial pronunciamiento en relación con las de segunda instancia, por haberse estimado el recurso de apelación, sin que proceda pronunciamiento en cuanto a las de primera instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe, presupuestos que la redacción entonces vigente del punto 1 de dicho precepto exigía para la condena en costas.

La estimación del recurso de apelación tiene como consecuencia la devolución del depósito constituido a la apelante, en aplicación de la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente



### FALLO

Que, estimando el recurso de apelación 764/2011 interpuesto por [redacted] nacional de Argelia, contra la sentencia 27/2011, de 14 de abril de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº6 de Bilbao que desestimó el recurso 79/2011, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 13 de diciembre de 2010 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia que denegó la tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea, solicitada el 26 de julio de 2010:

1º.- Revocamos la sentencia apelada, dejando sin efecto su pronunciamiento por el que desestimó el recurso contencioso administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por [redacted] y declaramos la disconformidad a derecho de la resolución de 13 de diciembre de 2010 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, declarando el derecho a la tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión Europea solicitada el 26 de julio de 2010.

3º.- No hacemos pronunciamiento en cuanto a las costas en relación con las de ambas instancias.

4º.- Acordamos la devolución a apelante del depósito constituido.

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

Esta resolución 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.