



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN
PRIMERA
Plaza San Francisco nº 15
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 479 385
Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Recurso de apelación
Nº Procedimiento: 0000169/2015
NIG: 3803845320140001459
Materia: Extranjería
Resolución: Sentencia 000106/2016

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000338/2014-00
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviniente:
SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN
SANTA CRUZ DE TENERIFE

Procurador:

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Hernández Cordobés

Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío (Ponente)

Ilma. Sra. Magistrado Doña Adriana Fabiola Martín Cáceres

En Santa Cruz de Tenerife a 1 de marzo de 2016, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el **RECURSO DE APELACIÓN** seguido con el nº 169/2015, interpuesto por **Don/ña DIVINA**, representado/a y dirigido/a por el Abogado Don/ña Fernando Adrian Torrijos Suárez, habiendo sido parte como **Administración demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO** y en su representación y defensa Abogado del Estado, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:

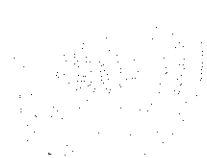
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- Por el Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife se dictó Sentencia de fecha 16 de julio del 2015 con el siguiente fallo: "desestimar el recurso interpuesto".

B.- La **representación de la parte actora** interpuso recurso de apelación contra dicha resolución interesando que, estimando en todas sus partes el recurso, se acordase revocación de la sentencia ay de la resolución dictada que acordaba la expulsión de la recurrente por existir causa suficientes para entender que la expulsión no garantiza la seguridad ciudadana ni el orden público, habida cuenta del fuerte arraigo familiar y en orden a garantizar el superior interés del menor como más digno de protección la vista de la resolución civil sobre su situación familiar.

C.- La **representación procesal de la Administración demandada** se opuso al recurso interpuesto e interesó que, previos los trámites oportunos, se dictase resolución por la que se desestimase el recurso y se confirmase la resolución recurrida en todos sus términos.





SEGUNDO: Conclusiones, votación y fallo

No siendo necesaria la práctica de prueba ni la celebración de vista, se señaló día para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso

Constituye el objeto del presente recurso determinar la adecuación o no a derecho de la Sentencia de fecha 16 de julio del 2015 dictada por el nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife.

La **representación procesal de la parte actora** recurre en apelación la sentencia dictada por las consideraciones siguientes:

Dado que la expulsión se ha calificado de sanción no se motiva por que teniendo encuentra su arraigo en España y que es madre de un menor español no se ha tenido en cuenta dichas circunstancia a fin de imponer una sanción económica.

Dada el largo periodo de estancia en España tiene derecho a la obtención de residencia por arraigo familiar.

Existen sentencias e informes que avalan el mantenimiento de la relación entre la recurrente y su hijo menor de edad español.

Falta de motivación de la sentencia, sin tener en cuenta los criterios interpretativo del TJUE sobre la necesidad de justificar por qué una pena superior a un año impuesta por delito cometido por extranjero supone un peligro a para la seguridad ciudadana y orden público.

Ha transcurrido más de 10 años desde el desafortunado incidente que dio lugar a la condena por homicidio en grado de tentativa.

No se ha tenido en cuenta el derecho del menor a su óptimo desarrollo integral y que su interés es mas digno de protección.

Se han reanudado las relaciones con el hijo menor.

Tiene otros dos hijos que dependen de ella económicamente.

La **Administración demandada** contesta al recurso solicitando su desestimación por entender que:

Procede reiterar los fundamentos de la sentencia impugnada.

Subsidiariamente ante una autorización de residencia temporal por circunstancia excepcional no debe reputarse arraigo social y no familiar ya que no acredita nacionalidad española del menor.

Opera la limitación del art. 124.1 de la ROEZ que excluya el otorgamiento por tenencia de antecedentes penales.

SEGUNDO: En primer lugar ha de señalarse que no estamos ante una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales tal como alega la demanda sino ante una resolución, confirmada por la sentencia objeto de impugnación, que





acuerda la expulsión de la apelante al amparo del art. 57.2 de la LO 4/2000, conforme al cual "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 constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados."

Alegado por la recurrente que no se ha tenido en cuenta su situación de arraigo y que no se ha motivado por que se ha impuesto sanción de expulsión y no de multa ha de recordarse que tal como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 28/4/2011 el art. 57.2 de la LO impone la expulsión a quien ha sido condenado penalmente sin que dicho artículos contemple la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión impuesta por dicha vía.

Siendo evidente, a la vista de la Hoja de Antecedentes Penales la existencia de múltiples condenas, así el 9 de junio del 2005 fue condenada, entre otros delitos, como autora de una delito de asesinato en grado de tentativa a la pena de prisión de dos años, con inhabilitación especial de sufragio pasivo, prohibición de aproximarse a la víctima durante 3 años.

Es esa condena la que determina su expulsión al amparo del art 57.2 de la LO 4/2000.

En la sentencia recaída en el recurso 264/2012 señalábamos que "El supuesto que regula el artículo 57.2 es pacífico que no constituye una sanción administrativa, ya que no se impone como consecuencia de la comisión de una infracción. En palabras del Tribunal Constitucional, sentencia nº 236/2007, de 7 de noviembre (recurso 1707/2001 (LA LEY 165999/2007)) -- examina su compatibilidad con la prohibición del «nom bis in idem»--: «El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la "causa de expulsión" que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año».

Una posible situación de arraigo no se contempla como causa que pueda excluir su aplicación. Sólo en los casos de extranjeros residentes de larga duración se requiere, conforme a la Directiva europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 (LA LEY 11169/2003)), que la Administración realice una motivación particularizada en la que se tenga en cuenta la duración de la residencia en territorio **español**, la edad, las consecuencias de la expulsión para él o su familia, y los vínculos con el país de residencia.

TERCERO: Disponiendo el art. 57.5 de la Lo 4/2000 que: " *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: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. 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. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean*





beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.”

No encontrándose la recurrente en ninguno de dichos supuestos.

A pesar de que se ha alegado que está pendiente de resolver sobre una solicitud de residencia efectuada es lo cierto que conforme al expediente administrativo la recurrente no ha teniendo a lo largo de su estancia permiso alguno de residencia, los solicitados le fueron denegados, constando que se han dictado diversas resoluciones acordando su expulsión, sin que diera cumplimiento a ninguna de ellas ni regularizara su situación.

CUARTO: Finalmente debemos analizar la situación producida como consecuencia de la orden de expulsión habida cuenta que es madre de un menor de edad que a pesar de que la administración señala que no ha acreditado su nacionalidad española ello es evidente dado que su progenitor es español, conforme al art. 17 del CC al disponer que son españoles de origen los nacidos de padre o madre español, constando la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil donde se recoge que su progenitor es español.

Dicha circunstancias es excepcional y debemos traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2005 *“la existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:*

1ª.-La Constitución Española (RCL 1978\2836) establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39-2). En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de enero (LA LEY 167/1996) (RCL 1996\145), de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., artículo 110 del Código Civil (LA LEY 1/1889)[LEG 1889\27], que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.).

2ª.-El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, «los





españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional», según el artículo 19 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) [RCL 1978 \2836]).

3ª.-La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre".

Pero todavía resulta mucho más convincente la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 186/2013, de 4 de noviembre, recurso de amparo 2022-2012 que declara:

"6 A partir de esta situación procede analizar la eventual afectación al otro derecho fundamental invocado en la demanda de amparo, que es el «derecho a la vida familiar» que la recurrente considera comprendido en la intimidad familiar ex art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) , no pudiendo descartarla sobre la base de que una de las posibilidades fuese que la hija menor siguiera en compañía de su madre en el país de destino, pues ello privaría de efectividad al derecho examinado en el fundamento jurídico anterior.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta el contenido y alcance del derecho a la intimidad familiar que reconoce a todas las personas el art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) existe una doctrina constitucional consolidada que procede recordar. En la STC 236/2007 (LA LEY 165999/2007), de 7 de noviembre, FJ 11, precisamente en relación a si era constitucional la remisión al reglamento que los arts. 16 (LA LEY 126/2000) a 18 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (LA LEY 126/2000) , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) contenían en materia de reagrupación familiar o contradecía las reservas de ley prevista en los arts. 81.1 y 53.1 CE , declaramos que «el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (LA LEY 16/1950) (CEDH (LA LEY 16/1950)) establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de ese Tribunal, ha deducido de aquel precepto un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996 , § 52) ...

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el art. 8.2 CEDH (LA LEY 16/1950) , las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988 , §§ 39-45, 52-54)».

El art. 18 CE (LA LEY 2500/1978) «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en





efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE (LA LEY 2500/1978) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988 (LA LEY 1166-TC/1989), de 2 de diciembre , FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad "se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE (LA LEY 2500/1978) protegen. "No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad.

Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido" (STC 231/1988 (LA LEY 1166-TC/1989))" (STC 197/1991, de 17 de octubre (LA LEY 1822-TC/1992) , FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio (LA LEY 10041/1999) , FJ 5; STC 115/2000 (LA LEY 92668/2000), de 5 de mayo , FJ 4)» (FJ 11).

Posteriormente, en la STC 60/2010 (LA LEY 165741/2010), de 7 de octubre , resolviendo acerca de qué principios o derechos constitucionales se ven restringidos como consecuencia de la adopción de la pena de prohibición de aproximación a la víctima de los delitos aludidos en el art. 57.2 Código penal (LA LEY 3996/1995) , reiteramos literalmente el criterio expuesto de la citada STC 236/2007 (LA LEY 165999/2007), de 7 de noviembre , FJ 8, y, a continuación, concluimos que «la imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) protege "es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres" (STC 89/1987 (LA LEY 810-TC/1987), de 3 de junio , FJ 2)», puntualizando inmediatamente después que «la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) , que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un "derecho a la vida familiar", debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007 (LA LEY 165999/2007), de 7 de noviembre , hemos señalado que "nuestra Constitución no reconoce un "derecho a la vida familiar" en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) " (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido, ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH (LA LEY 16/1950) y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional».

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 (LA LEY 16/1950) 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 (LA LEY 2500/1978) y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna (LA





LEY 2500/1978) que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y de los niños (art. 39.4 CE (LA LEY 2500/1978)), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE (LA LEY 2500/1978) , 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 (LA LEY 2500/1978)), 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 (LA LEY 7515/2001) del Consejo .

Por todo ello, verificado que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno- filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, corresponde desestimar también este segundo motivo de amparo".

Habiendo acreditado en el presente recurso que si bien la guarda y custodia del menor corresponde al padre con el que no convive la recurrente, se ha acreditado la existencia de una régimen de visitas y estancias del menor con su madre, habiéndose aportado igualmente informes del equipo de familiar de los Juzgados de Santa Cruz de Tenerife informando sobre la conveniencia del mantenimiento de dicha relación así como Auto de modificación de medidas.

Todo ello obliga a estimar el recurso y declarar que no procede la expulsión de la recurrente por ser madre de un menor español.

QUINTO: Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el art. 139-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas a la ninguna de las partes.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16/7/2015 dictada por el Juzgado nº 1 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, conforme al último fundamento de la presente sentencia. Sin que haya lugar a expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes observando lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del poder Judicial, haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Devuélvanse posteriormente los autos originales al Juzgado remitente con certificación de la presente y a fin de que, en su caso, se dé al depósito realizado el destino previsto en los apartados 8 y siguientes de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

