

En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A N°

318/2014

En Málaga, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

Doña Asunción Vallecillo Moreno, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número P.E. 417/13, interpuesto al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por Doña Assma , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández y asistida por el Abogado Sr. Martín Ramírez, contra la Subdelegación del Gobierno en Málaga, representada y asistida por el Abogado del Estado y con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la mencionada representación de Doña Assma se interpuso recurso contencioso-administrativo al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución de fecha 3 de octubre de 2.013 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente administrativo nº 299920130002158, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 17 de julio de 2.013 por la que se denegaba a la recurrente la solicitud de la Tarjeta de Residencia Familiar de Ciudadano de la Unión Europea.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir su demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, del que se le dio traslado a la Administración demandada y al

Ministerio Fiscal para efectuar alegaciones a la demanda, que ambos verificaron.

TERCERO.- Fijada la cuantía del recurso como indeterminada, se recibió el proceso a prueba sin que ninguna de las partes propusiera prueba más allá del expediente administrativo y la documental ya aportada y tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto determinar si el acto administrativo recurrido es o no conforme con el ordenamiento jurídico, interponiéndose el recurso ante este órgano jurisdiccional y por la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución de fecha 3 de octubre de 2.013 de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, recaída en el expediente administrativo nº 299920130002158, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 17 de julio de 2.013 por la que se denegaba a la recurrente la solicitud de la Tarjeta de Residencia Familiar de Ciudadano de la Unión Europea.

En la demanda presentada la parte actora solicita la nulidad del acto administrativo recurrido y que se proceda a la concesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea permanente, alegando como base de su pretensión que el que la recurrente haya sido condenada por un delito con pena menos grave de forma aislada y cumplida la pena y reinsertada, integrada socialmente y con cónyuge español, no es argumento jurídico para denegar la tarjeta solicitada conforme establece el ordenamiento jurídico español y comunitario y respecto a los antecedentes

policiales, éstos no pueden ser tenidos en cuenta puesto que los mismos no se relacionan con condenas penales ya que terminaron con libre absolución, por lo que no existe motivo para conceptuar la conducta de la recurrente contraria al orden público, salud pública o seguridad pública y ello implica la vulneración del artículo 19 de la Constitución Española pues se le está impidiendo continuar con el derecho a residir y circular libremente por el territorio nacional y a entrar y salir libremente por el territorio de España y la vulneración del artículo 18.1 de la Constitución Española pues supone un atentado contra la intimidad personal de los cónyuges, obligando a la recurrente a romper su convivencia matrimonial con su pareja española o bien obligando de forma indirecta a un ciudadano español a ser desterrado de España, cuando la convivencia matrimonial es una obligación de los cónyuges y el Estado tiene el deber de protegerla conforme al artículo 32 de la Constitución, añadiendo que los extranjeros residentes legales en España son dignos de protección en cuanto a los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución como recoge su artículo 13.

SEGUNDO.- La Administración demandada se opone a la anterior pretensión alegando que en el caso presente la denegación de la tarjeta solicitada no puede trascender de un debate jurídico de naturaleza ordinaria pues no existe vulneración del derecho a la libertad ambulatoria pues se obvia que a juicio de la Administración la recurrente no reúne los requisitos reglamentarios para residir legalmente en España, al suponer su reciente condena firme el reflejo de una conducta personal que implica una amenaza grave y actual al orden público y la seguridad pública, más aun teniendo en cuenta su amplio historial policial, del cual solo se puede concluir que su pasada residencia regular en España ha estado lejos de poder ser considerada pacífica, entendiéndose así mismo que la vulneración del derecho a la intimidad familiar amparado en el artículo 18 de la Constitución como consecuencia de la denegación de la tarjeta, no es una dimensión comprendida dentro de dicho precepto según ha manifestado el TC en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2.013.

El Ministerio Fiscal informó entendiendo que se debe estimar la demanda pues en cuanto a la alegación de vulneración del derecho fundamental del artículo 18 de la Constitución y teniendo en cuenta que la interpretación de las leyes ha de efectuarse en el sentido más favorable al derecho fundamental, considera que la ausencia de motivación de la denegación, máxime teniendo en cuenta el delito por el que fue condenada la actora, que no es de extrema gravedad y la inactividad de la Administración a la hora de comprobar la situación actual de la demandante, ha supuesto dicha vulneración y respecto a la vulneración del artículo 19 de la Constitución y teniendo en cuenta que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, y, por tanto, son titulares del derecho contenido en el artículo 19 de la Constitución, una limitación de tal derecho que no sea conforme a la ley puede suponer una injerencia no justificada en el derecho fundamental.

TERCERO.- Con carácter previo y al haberlo planteado la representación de la Administración demandada se hace necesario aclarar para centrar el objeto de conocimiento y debate en el presente recurso contencioso-administrativo, el ámbito de conocimiento del objeto de la controversia, teniendo en cuenta la modalidad procesal elegida para su planteamiento, es decir, un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Uno de los mayores problemas que planteaba desde el punto de vista procesal el proceso especial de la Ley 62/1978 era el de la determinación de su ámbito material de aplicación. La STS 18 de enero de 1993, señalaba que: “es consustancial al marco jurídico del proceso especial de la Ley 62/78, recordado constantemente por la Jurisprudencia, que sólo tienen cabida en el mismo aquellas pretensiones impugnatorias de actos o disposiciones que afectan de manera inmediata y directa a los derechos fundamentales especialmente protegidos del demandante, a los que se refiere el artículo 53.2 CE; y, paralelamente, que las cuestiones de mera legalidad son referidas al ámbito del proceso

ordinario de la LJCA, como ocurre cuando para presentar una situación aparentemente violadora de un derecho fundamental... se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto impugnado, a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico; a salvo la excepcionalidad de que, la opción aplicativa misma, comporte la lesión del derecho fundamental evidenciada por su signo manifiestamente arbitrario irrazonado o irrazonable, en correlación con lo que tiene declarado respecto al recurso de amparo el supremo intérprete constitucional”. La nueva Ley de la Jurisdicción, manteniendo el citado criterio, pretende acabar con la rigidez en la distinción entre las cuestiones que afectaban de forma directa a los derechos fundamentales de aquellas otras de mera legalidad ordinaria que debían ser ventiladas conforme al procedimiento general regulado en la Ley de la Jurisdicción. Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la nueva Ley, ese carácter rígido había provocado “un importante deterioro de esta vía procesal” por lo que la Ley pretende superarla “por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos.”, lo que no significa que puedan tener cabida en este procedimiento cuestiones referentes a la mera legalidad ordinaria, sino que tales cuestiones deberán ser analizadas exclusivamente en cuanto tengan incidencia en los mencionados derechos. Esta precisión procedimental servirá en principio para analizar la actuación de la Administración en este caso concreto y si la misma en el caso de que incumpliera la legalidad ordinaria con esa disconformidad a derecho ha supuesto vulneración de los derechos fundamentales enumerados por la parte actora.

CUARTO.- Establece el artículo 15.1.b) del Real Decreto 240/2.007, de 16 de febrero que "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 :...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".

Se ha de resaltar que la denegación de la expedición de tarjetas de residencia sólo puede tener lugar cuando así lo aconsejen razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública sin que el precepto recoja la existencia de antecedentes penales como motivo de la denegación de la residencia.

Por ello, ha de entenderse que equiparar de manera automática la comisión de un delito con el atentado o riesgo de alteración del orden o de la seguridad pública no se atempera a lo regulado por la norma.

Olvida la Administración que el mismo artículo, en su apartado quinto, letra d) dispone que: "La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios: ...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".

La necesidad de interpretar el Derecho interno conforme a las normas internacionales 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 artículo 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 ». El artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, 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, C-33/2007, 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) ». Y prosigue: «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 ».

Dada la insuficiencia de los antecedentes penales para, por sí solos, denegar la residencia de un familiar comunitario, el fundamento del acto administrativo ha de decaer necesariamente, pues su pronunciamiento se basa en tal circunstancia de manera exclusiva.

Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado hubiera sido preciso que la Subdelegación del Gobierno motivara mínimamente la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta de la solicitante representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. Tal omisión bastaría para considerar no conforme a derecho el acto de la Administración. Pero, además, es evidente la ausencia de todo indicio acerca de la peligrosidad actual de la conducta personal de la recurrente. Los hechos delictivos reflejados en la resolución impugnada no pueden encuadrarse en el ámbito de las actividades que representan una grave amenaza para un interés social fundamental. Y aunque lo fuera, nada acredita que esa amenaza sea actual y los antecedentes policiales que se reflejan en la resolución originaria impugnada aparte de ser antiguos no se indica si terminaron o no en procedimiento penal.

QUINTO.- Y realizadas las anteriores consideraciones resta por encuadrar la actuación de la Administración expuesta en el fundamento anteriores con una posible vulneración de derechos fundamentales, en concreto, de los recogidos en el artículo 18 (intimidad familiar) y 19 (libertad de residencia).

Y el debate puede ser tan simple como considerar que si como se ha expuesto, la limitación de la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, realizada por la Administración al denegar la tarjeta de residencia solicitada no puede considerarse conforme a derecho es claro que se están limitando derechos fundamentales sin ajustarse a derecho y por lo tanto que se

están vulnerando, pues precisamente lo que permite la ley es limitar esos derechos fundamentales en determinados casos o con unos requisitos que en este caso no concurren.

El artículo 19 de la Constitución permite constatar en su relación con el artículo 13, que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional. Resulta también claro que los extranjeros pueden ser titulares de derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente, que recoge la Constitución en el artículo 19 y que ya estableció una línea jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo, que se mantiene desde las Sentencias de 25 junio y 3 julio 1980. Es evidente que la interpretación de los artículos referidos ha de hacerse en coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte (artículo 10.2 de la Constitución) siendo de tener en cuenta, a este respecto, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 no puede ser ignorado a la hora de interpretar los referidos preceptos, teniendo en cuenta, además que los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional reconocen la libertad a todas las personas que se hallan legalmente en territorio español, por lo que la libertad de circulación que el artículo 19 de la Constitución reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio deberá fundarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería y, en suma, ha de ser respetado el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 13, 19 y 24 de la CE de directa aplicación a los extranjeros, como reitera la jurisprudencia constitucional.

Y en cuanto al artículo 18 de la Constitución que protege el derecho a la intimidad y en concreto a la intimidad familiar, no puede caber duda de que se vería afectado en este caso concreto al denegarse la tarjeta de residencia indebidamente a una extranjera casada con ciudadano español, privándole tanto a una como a otro de la convivencia familiar, siendo así que los intereses de la recurrente se

verían seriamente afectados como consecuencia del acto impugnado en el ámbito de la protección de su intimidad familiar.

Y todos estos razonamientos obligan a estimar el presente recurso contencioso-administrativo al considerar que con el acto administrativo impugnado se han vulnerado los artículo 18 y 19 de la Constitución Española.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, procede imponer las costas de este procedimiento a la Administración demandada.

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

F A L L O

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández, en nombre y representación de Doña Assma contra la Subdelegación del Gobierno en Málaga, se declara que la resolución impugnada descrita en el antecedente de hecho primero de esta sentencia no es conforme a derecho por vulnerar los derechos fundamentales de la recurrente garantizados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Española, anulándola y reconociendo el derecho de la recurrente a obtener de la Administración demandada la autorización solicitada el día 10 de abril de 2.013 de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

Se impone el pago de las costas causadas en este recurso a la Administración demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme la presente resolución, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia junto con testimonio de esta resolución.

Así, por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.