



Roj: **STSJ MU 125/2018 - ECLI:ES:TSJMU:2018:125**

Id Cendoj: **30030330022018100023**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **29/01/2018**

Nº de Recurso: **288/2017**

Nº de Resolución: **40/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LEONOR ALONSO DIAZ-MARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00040/2018**

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA -DIR3:J00008051

MLS

N.I.G: 30030 45 3 2016 0003481

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000288 /2017

Sobre: EXTRANJERIA

De D./ña. DELEGACION DEL GOBIERNO DE MURCIA

Representación D./Dª.

Contra D./Dª. Octavio

Representación D./Dª.

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 288/17**

**SENTENCIA núm. 40/18**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

Compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta

Dª. Ascensión Martín Sánchez

Magistradas

ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**



la siguiente

### **SENTENCIA n.º 40/18**

En Murcia, a veintinueve de enero de dos mil dieciocho.

En el rollo de apelación n.º 288/17 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n.º 116/17, de 5 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Murcia, dictada el recurso contencioso administrativo 413/16, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, en cuantía indeterminada, en el que figuran como **parte apelante la Delegación del Gobierno en Murcia**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y como **parte apelada D. Octavio**, quien no se personó ante esta Sala en el plazo concedido al efecto, y que estuvo representado y defendido en el Juzgado por el Letrado Sr. López López, sobre denegación de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales; siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Leonor Alonso Díaz Marta, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la parte apelada para que formalizara su oposición, la misma formuló oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, la cual designó Magistrada ponente y, tras la personación del Abogado del Estado, no así del Sr. Octavio que no se personó en el plazo concedido al efecto; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 19 de enero de 2018.

#### **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado número 5 de Murcia estima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de 19-10-2016, dictada en expediente n.º NUM000, por la que se denegaba la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por constarle los antecedentes penales, al haber sido condenado el 14/07/2009 en sentencia de Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia por un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, a la pena de 16 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas, a la pena de 16 meses de prohibición de aproximarse a la víctima o a determinadas personas, a la pena de 16 meses de prohibición de comunicarse con la víctima o con determinadas personas; también condenado en sentencia de 24/09/2009 por el mismo juzgado de lo penal n.º 4 de Murcia, por un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar a la pena de 52 días de trabajos en beneficio de la comunidad, 16 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas, a la pena de 16 meses de prohibición de aproximarse a la víctima o a determinadas personas, y al a pena de 16 meses de prohibición de comunicarse con la víctima o con determinadas personas; también condenado en sentencia de 05/11/2014 por el Juzgado de instrucción n.º 4 de Murcia, por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, a la pena de 3 €/día durante 6 meses de días-multa, a la pena de 10 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y por un delito de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente a la pena de 3 €/día durante 8 meses de días-multa; igualmente por haber sido condenado en sentencia de 05/03/2015 dictada por Juzgado de Instrucción n.º 9 de Murcia, por un delito de quebrantamiento condena o medida cautelar, a la pena de 120 días de responsabilidad personal subsidiaria-prisión.

Entiende la Magistrada-Juez del JCA 5 que en el presente supuesto, y pese a la gravedad de algunos de los delitos cometidos por el recurrente, hay que tener en cuenta el tipo de autorización que solicitó, arraigo por ser progenitor de un nacional español, en concreto su hija Juliana, de ahí que toda la normativa sobre extranjería ha de ser interpretada y aplicada a la luz de lo establecido por parte del Derecho Comunitario; remitiéndose a un supuesto semejante como es el enjuiciado en la Sentencia del T.S.J. de Castilla la Mancha de fecha 13-03-2015, cuyo contenido reproduce, y que se basa en la normativa de la Unión Europea, en particular del art. 20 del Tratado Fundacional de la Unión Europea la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia derivada. Y concluye que, en aplicación de la anterior normativa, procede dejar sin efecto la resolución objeto de recurso, acordando la concesión al recurrente de la autorización solicitada.

El Abogado del Estado basa su recurso en que es requisito necesario para obtener la autorización de residencia temporal el carecer de antecedentes penales, de conformidad con lo establecido en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000. Y tales circunstancias no concurren en el presente caso, no habiéndose justificado por el demandante el cumplimiento o remisión de las penas que se le impusieron. Añade que en el delito de lesiones en el ámbito familiar el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al



atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10 de la Constitución , que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, artículo 15 de la Constitución , y el derecho a la seguridad, art. 17 de la Constitución , quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos ( STS 1162/2004 de 15 de octubre ). Todos estos valores y principios han sido ya conculcados en el momento en el que se cometieron los hechos que se declararon probados, lo cual implica que el arraigo por ser progenitor de una persona de nacionalidad española no es suficiente motivo para estimar la demanda, a la luz de los bienes jurídicos quebrantados por los delitos cometidos, que ponen incluso en peligro la integridad física de su familia.

El apelado se opuso al recurso, pero no se ha personado en forma ante esta Sala.

**SEGUNDO.-** Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, ya que no se introduce en el presente recurso de apelación ningún argumento, prueba o dato que permita hacer consideraciones desde perspectiva diferentes a la efectuada por el Juzgado en la sentencia apelada, debiendo ser acogida totalmente su argumentación de inútil reiteración aquí.

Efectivamente, el recurrente solicitó el permiso de residencia al amparo del art. 124.3 del Reglamento de Extranjería , y el motivo de la denegación fue la existencia de antecedentes penales. Los hechos y la sentencias firmes a que se refiere el Abogado del Estado en su apelación, referidas a violencia de género están cumplidas, como consta en la hoja histórico penal y la fecha de los hechos se remonta a 2009, habiendo transcurridos ocho años desde la fecha de la firmeza (24-09-2009) en el momento en que solicita el permiso (15-09-2016).

Además, olvida el Abogado del Estado en su apelación que el motivo de la Juzgadora para conceder el permiso es tener una hija nacida en España con la que convive, pues no consta haya sido privado de la patria potestad, ni que se hayan acordado otro tipo de medidas respecto a la relación del padre con la menor con la que convive, sin que se pueda presumir, sin prueba alguna al efecto, que el actor no cumple con sus obligaciones paterno filiales.

Por tanto, procede confirmar la sentencia apelada, en atención a que en otro caso el padre de la menor debería salir del territorio nacional, deben prevalecer en las circunstancias y en el contexto del presente recurso de apelación, la vida familiar del extranjero y de la niña, pues, como señalábamos en la sentencia 187/17 (Ponente Sr. Abel Ángel Sáez Doménech) la propia Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en su art. 5 , prevé que *"Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: (...) b) la vida familiar"*.

Tal situación de arraigo familiar ha de conducir a la desestimación de la apelación pues, en definitiva, no se pueden obviar las circunstancias familiares concurrentes y debidamente acreditadas; de manera que en el presente caso resultan afectados, por la denegación del permiso con salida de España del padre de la menor, intereses de relevancia constitucional, tales como los contemplados en el artículo 39 de la Constitución sobre protección y asistencia integral de los hijos durante su minoría de edad. Esto es, la denegación de la autorización afectaría a los mandatos de los apartados 1 , 3 y 4 del artículo 39 de la Constitución referidos al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos, y a la protección de los niños según los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. A lo que se une lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , que establece como principios rectores de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor, así como su mantenimiento e integración en el medio familiar y social, en concordancia con el derecho a la vida familiar derivado de los artículos 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así lo recogió esta Sala en sentencia 859/16, de 16 de noviembre, recaída en el rollo de apelación 163/2016 , en la que señalábamos que el Tribunal de Justicia, en sentencia de 13 de septiembre de 2016 en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante auto de 20 de marzo de 2014, en un supuesto en el que se le denegaba al padre de unos menores, uno de ellos de nacionalidad española, la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a causa de unos antecedentes penales ( art. 31.5 y 7 de la Ley Orgánica 4/2000 ), viene a recoger el interés prevalente del menor de edad de nacionalidad española de permanecer con su padre. Señala en los apartados 51 y 52 la sentencia del Tribunal de Justicia lo siguiente:

*51.-Sin embargo, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un tercer Estado, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un menor implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante*



su estancia en éste (véanse las sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C 200/02, EU:C:2004:639, apartado 45, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C 86/12, EU:C:2013:645, apartado 28).

52.- Así pues, del mismo modo en que el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 confieren un derecho a residir en el Estado miembro de acogida al menor nacional de otro Estado miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida (sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C 200/02, EU:C:2004:639, apartados 46 y 47, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C 86/12, EU:C:2013:645, apartado 29).

Y añade en el apartado 74:

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existen situaciones muy específicas en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Estados y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano, C 34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C 256/11, EU:C:2011:734, apartados 66 y 67; de 8 de noviembre de 2012, lida, C 40/11, EU:C:2012:691, apartado 71; de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C 87/12, EU:C:2013:291, apartado 36, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C 86/12, EU:C:2013:645, apartado 32).

**TERCERO.-** En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida; sin que haya lugar a expresa imposición de costas en esta instancia ya que además de no personarse el apelado, existían dudas por el hecho de que el recurrente tuviera antecedentes penales, por lo que no procede su imposición de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

## FALLAMOS

**Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno en Murcia contra la sentencia nº. 116/17, de 5 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 5 de Murcia, dictada el recurso contencioso administrativo 413/16, que se confirma íntegramente; sin expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia solo será susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse, en su caso, recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.