

Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



© Almeida Herrero, Cristina



**DOSSIER “MIGRACIÓN Y TRATA. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES”:  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº RECURSO 28/2022, Nº SENTENCIA  
1664/2022 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2022**

**SOLICITUD DE ARRAIGO FAMILIAR DE PADRE DE ESPAÑOL CON  
ANTECEDENTES PENALES\***

**Dossier “Migració i tracta. Algunes sentències rellevants”:** SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM NÚM.  
RECURS 28/2022, NÚM. SENTÈNCIA 1664/2022 DE 16 DE DESEMBRE DE 2022. SOL·LICITUD  
D'ARRELAMENT FAMILIAR DE PARE D'ESPAÑOL AMB ANTECEDENTS PENALS

**Dossier “Migration and trafficking. Some relevant judgments”:** SUPREME COURT JUDGMENT NO.  
APPEAL 28/2022, JUDGMENT NO. 1664/2022 OF 16 DECEMBER 2022. APPLICATION FOR FAMILY ROOTS  
FOR FATHER OF SPANISH NATIONAL WITH CRIMINAL RECORD

***Cristina Almeida Herrero \*\****

*Abogada de Cáritas diocesana de Salamanca y del Ilustre Colegio de abogados de Salamanca*

**DOI:** <https://doi.org/10.1344/cpyp.2024.26.46817>

**RESUMEN**

*La denegación de una autorización de residencia por arraigo familiar al progenitor de un menor español por el hecho de tener antecedentes penales no puede ser automática. Para su concesión o denegación, es preciso que la resolución tenga en cuenta el “interés del menor” y que se lleve a cabo una interpretación restrictiva de los conceptos de “orden público” y “seguridad pública”. Además, en el caso de que exista una sentencia previa en la que otro tribunal haya valorado la revocación de una orden de expulsión impuesta como consecuencia de una condena penal del recurrente, y haya*

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMIGRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

\*\* [crisalmeidahe@hotmail.com](mailto:crisalmeidahe@hotmail.com)

*determinado que el arraigo familiar debe prevalecer, por el principio de seguridad jurídica, se debe exigir al segundo tribunal una mayor motivación en su resolución.*

**Palabras Clave:** *Arraigo familiar, antecedentes penales, padre de español, ponderación.*

## RESUM

*La denegació d'una autorització de residència per arrelament familiar al progenitor d'un menor espanyol pel fet de tenir antecedents penals no pot ser automàtica. Per a la seva concessió o denegació, cal que la resolució tingui en compte el "interès del menor" i que es dugui a terme una interpretació restrictiva dels conceptes de "ordre públic" i "seguretat pública". A més, en el cas que existeixi una sentència prèvia en la qual un altre tribunal hagi valorat la revocació d'una ordre d'expulsió imposada a conseqüència d'una condemna penal del recurrent, i hagi determinat que l'arrelament familiar ha de prevaler, pel principi de seguretat jurídica, s'ha d'exigir al segon tribunal una major motivació en la seva resolució.*

**Paraules Clau:** *Arrelament familiar, antecedents penals, pare d'espanyol, ponderació.*

## SUMMARY

*The denial of a residence permit for family ties to the parent of a Spanish minor on the grounds that he or she has a criminal record cannot be automatic. In order to grant or deny it, it is necessary that the decision takes into account the "interest of the minor" and that a restrictive interpretation of the concepts of "public order" and "public security" is carried out. Furthermore, in the event that there is a previous judgment in which another court has assessed the revocation of an expulsion order imposed as a result of a criminal conviction of the appellant, and has determined that the family roots should prevail, for the principle of legal certainty, the second court should be required to provide a greater motivation in its decision.*

**Keywords:** *Family roots, criminal record, Spanish parent, weighting.*

## 1. Introducción.

La sentencia que en este texto se analiza es la sentencia del Tribunal Supremo número 28/2022 (número de recurso 1.664/2022) de 16 de diciembre de 2022 contra la sentencia 832/2021 de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación 276/2021, seguido contra la anterior sentencia 92/2021, de 30 de abril de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Valencia, dictada en el Procedimiento Abreviado 12/2021, contra resolución de 3 de noviembre de 2020 de la Delegación de Gobierno en Valencia, por la que se desestimó la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar.

En el caso que nos ocupa, el recurrente es padre de una menor de nacionalidad española que había sido condenado como autor de los delitos de secuestro, lesiones y robo por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia a la pena de 13 años y 12 meses de prisión por delitos, por lo que tenía antecedentes penales en el momento de la solicitud de la autorización de residencia por arraigo familiar.

Previamente, se le había dictado un acuerdo de expulsión del territorio español con prohibición de entrada durante 9 años que había sido anulado por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Esa anulación se fundamentó en su arraigo familiar en el territorio español, puesto en conjunción con el cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales con respecto a su hija menor de nacionalidad española.

Y la cuestión casacional a precisar consiste en *“determinar si tras anularse por sentencia firme una resolución de expulsión, fundada en la comisión de delitos graves, por la concurrencia de circunstancias de arraigo familiar del recurrente con entidad suficiente para ello -singularmente, la dependencia de una hija menor de edad de nacionalidad española-, puede en un proceso inmediatamente posterior denegarse la autorización de residencia temporal solicitada después con fundamento en las mismas circunstancias de arraigo familiar que sirvieron para neutralizar la expulsión, con base exclusivamente en la gravedad de aquella condena penal”*.

## **2. Normativa a tener en cuenta.**

El artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX) establece expresamente la exigencia de que el solicitante carezca de antecedentes penales en España: *“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”*.

Asimismo, en los artículos 124 y 128 del Real Decreto 577/2011, de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante RLOEX), se regulan las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, así como el procedimiento para su concesión o denegación. En concreto, el artículo 124.3 regula la concesión de una autorización de residencia por razones de arraigo familiar, autorización solicitada por el recurrente en el caso que nos ocupa, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

*a) Cuando se trate de padre o madre, o tutor, de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Asimismo, cuando se trate de persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante que presta dicho apoyo tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.*

*b) Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. También cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho. Se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.*

*c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.*

### **3. Sentencias anteriores sobre autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo familiar cuando existen antecedentes penales.**

Hemos de tener en cuenta la jurisprudencia que hasta el momento se ha dictado sobre esta cuestión, porque, al contrario de lo que sucede con otros tipos de residencia, en el arraigo familiar los antecedentes penales no son obstativos, sino que han de valorarse y ponderarse con otros derechos como el derecho a la vida familiar. Esta ponderación se ha ido forjando jurisprudencialmente en relación con la expulsión y poco a poco se ha ido extrapolando a este tipo de autorizaciones.

Entre esas sentencias, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre (ROJ: STS 3060/2019 -ECLI:ES:TS:2019:3060), N° de Recurso: 7101/2018; N° de Resolución: 1270/2019, que vino a dar respuesta a la cuestión casacional *"si conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales o si, por el contrario, procede considerar la condición de tener un hijo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, a la luz del artículo 20 del TFUE y las STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14, en relación con el artículo 28.3 de la Directiva, 2004/38 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, a los efectos de concluir en su caso, que concurre una excepción relacionada con el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad pública, en el caso de nacional de un tercer Estado, progenitor de menor de edad, ciudadano de la UE, al margen de si tiene atribuida la guarda del menor y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización"*.

En este caso, el Tribunal sentenció que *"ante la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida, en este caso España, ha de valorarse la concurrencia de circunstancias del caso en relación con la efectividad de los derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión, que puedan justificar el reconocimiento de autorización temporal de residencia al nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, si no como derecho propio, como derivado del derecho del ciudadano de la Unión, cuando, 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.*

*Tal situación, ha de valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes, y cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguarda de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta, de manera que tal conclusión denegatoria ha de responder a una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia"*.

Por lo tanto, el Tribunal reconoce que, cuando se trata de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, hay que valorar en cada caso las circunstancias concretas en relación con los derechos del menor, y pese a que puede denegarse por razones de orden público o de seguridad pública, éstas han de valorarse de manera estricta y siempre teniendo en cuenta el derecho a la vida privada y familiar.

Esta línea jurisprudencial se mantiene también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3301/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3301) *"Con base en cuanto ha quedado expuesto la respuesta a la cuestión planteada, en sintonía con nuestra tan citada sentencia de 30 de septiembre pasado, ha de ser que la mera existencia de antecedentes penales no impide automáticamente, el otorgamiento de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar ( siempre, claro está, que el solicitante cumpla alguno de los requisitos previstos en el art. 124.3 del Reglamento de Extranjería ), sino que éstos, para ser tomados en consideración, habrán de ser ponderados a la luz del principio de proporcionalidad, con independencia y al margen de que ostente -o no- la guarda del menor (ciudadano de la UE), y solo cuando tales antecedentes penales lo sean por delito/s que atenten gravemente al orden público o a la seguridad pública, en atención a su naturaleza y a las particulares circunstancias personales que concurran en cada supuesto, quepa razonablemente concluir que constituye un peligro grave para el orden o la seguridad pública, en detrimento de la protección del menor"*.

En ambas sentencias del Tribunal Supremo se invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2018 (Asunto C 165/2014. Rendon) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación con los artículos 21 del TFUE y la directiva europea, por un lado, y el artículo 20 del TFUE, por otro, esclareciendo *si deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una denegación de residencia en el territorio del Estado miembro de que se trata a un nacional de un tercer estado cuando dicho nacional tiene antecedentes penales, aunque el interesado tenga a su cargo exclusivo dos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión, que residen con él en dicho Estado miembro desde su nacimiento, sin haber ejercido el derecho a la libre circulación y aunque la consecuencia de tal denegación sea obligar a eso hijos suyos a abandonar el territorio de la unión*.

El TJUE parte de la premisa de que los eventuales derechos conferidos a los familiares, nacionales de terceros países, no son derechos propios sino derivados del ejercicio de la libertad de circulación y de residencia de su familiar, ciudadano de la Unión Europea. En este sentido, diferencia entre dos supuestos:

1. El primero de ellos hace referencia a la hija, que es nacional de un Estado miembro que sí ha ejercido su derecho de circulación (nacional de Polonia y reside en España), y que está comprendida en el concepto de "beneficiario". A esta ciudadana de la Unión Europea, el 21 TFUE, apartado 1, y la Directiva 2004/38, le confieren un derecho de residencia en España si cumple las condiciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, letra b) de la citada Directiva, es decir, si *"dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida"*. El Tribunal ha

establecido que dichos recursos pueden provenir, por ejemplo, de un ciudadano de un tercer Estado, progenitor de los ciudadanos menores de edad de que se trate<sup>1</sup>.

En relación con la residencia de su progenitor (Rendon), establece que *“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)”*.

Por lo tanto, el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 confiere un derecho de residencia al progenitor de un nacional de un tercer Estado que se encarga del cuidado efectivo de su hijo nacional de un Estado miembro en el Estado de acogida. En caso contrario, se limitaría el derecho de ese menor que ha ejercido la libertad de circulación a residir en el Estado de acogida.

Sin embargo, dicha residencia no es incondicional, y el artículo 27.1 de la Directiva 2004/38, permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público o de seguridad pública. No obstante, tal y como recoge la sentencia C-165/14, *“la reserva de orden público constituye una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, que debe ser objeto de interpretación estricta y cuyo alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros”*<sup>2</sup>. Por lo tanto, las medidas restrictivas del derecho de residencia de un ciudadano de la Unión o miembro de su familia por razones de orden público deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, de manera que la existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública. La conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de que se trate, sin que se puedan argumentar justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general<sup>3</sup>.

En conclusión, como establece la sentencia C-165/14 en su apartado 67, no es posible la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, padre de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión que esté a su cargo y resida con él en el Estado de acogida, por la mera tenencia de antecedentes penales, sino que la denegación deberá ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, grave y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

<sup>1</sup> Sentencias de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, apartado 30, y de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 27.

<sup>2</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, van Duyn, 41/74, EU:C:1974:133, apartado 18; de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, EU:C:1977:172, apartado 33; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, EU:C:2004:262, apartado 65; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, EU:C:2006:253, apartado 34, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos, C-50/06, EU:C:2007:325, apartado 42.

<sup>3</sup> Artículo 27, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

2. El segundo supuesto es en relación al hijo nacional de un Estado (España) que nunca ha ejercido su derecho de libre circulación y siempre ha residido en el Estado miembro del que tiene la nacionalidad.

En este caso y tal y como manifiesta el Tribunal en la sentencia C-165/14 no está comprendido en el concepto de "beneficiario" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38<sup>4</sup>, por lo que ésta no le es aplicable. Sin embargo, el artículo 20 TFUE se opone a medidas que establezcan los Estados que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión<sup>5</sup>.

Y en esta línea, el apartado 73 de la sentencia C-165/214 manifiesta que *"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"*.

Sin embargo, también señala la sentencia que el artículo 20 TFUE no afecta a la posibilidad de los Estados miembros de invocar una excepción relacionada, en particular, con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, siempre que ambos conceptos sean interpretados de manera estricta, y dicha interpretación sea sometida al control de las instituciones de la Unión. 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. Y el concepto de «seguridad pública» comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior y que, en consecuencia, pueden afectar a la seguridad pública el hecho de poner en peligro el funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos o, incluso, la amenaza a intereses militares.

Por lo tanto, en este segundo supuesto, al progenitor de un tercer Estado de un nacional ciudadano de la Unión que no haya ejercido su derecho de circulación no se le podrá denegar una autorización de residencia debido únicamente a su tenencia de antecedentes penales, cuando ello conlleve obligar a su hijo a abandonar el territorio de la Unión. En estos casos, se debe tener en cuenta también el interés superior del niño y el principio de proporcionalidad, tomando en consideración, en particular, la conducta personal del individuo de que se trate, la duración y legalidad de la residencia del interesado en el territorio del Estado miembro en cuestión, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida,

---

<sup>4</sup> El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 califica de «beneficiarios» de los derechos conferidos por ella "a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él".

<sup>5</sup> Tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 42 de la sentencia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124).

el grado de peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños y su estado de salud, así como su situación familiar y económica.

#### **4. Conclusiones del Tribunal conforme a las sentencias anteriores.**

Conforme a las dos sentencias del Tribunal Supremo nombradas (STS nº de recurso 7101/2018 de 30/9/2019 y la STS nº recurso 7077/2018 de 9/10/2019 ), y a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de septiembre de 2016, C-165/14, el Tribunal Supremo concluye en esta sentencia que *“pese al tenor literal del art. 31.5 de la Ley de Extranjería, la simple existencia de antecedentes penales no conlleva necesariamente la denegación de la autorización de residencia temporal cuando la petición se sustenta en circunstancias excepcionales de arraigo familiar. Según las sentencias referidas y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14, de la que traen causa aquellas, (i) la existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública, (ii) la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de que se trate, y (iii) no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general, debiendo tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción y el peligro concreto que supone para el orden público. La apreciación de situaciones tales como el mantenimiento del orden público o la salvaguarda de la seguridad pública debe tener en cuenta siempre el respeto a la vida privada y familiar, tal y como se enuncia en el art. 7 de la Carta de Derechos, artículo que debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta además de los conceptos de "orden público" y de "seguridad pública", como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias, deben ser objeto de interpretación estricta, considerando que si la denegación del derecho de residencia se basa en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos niños, ciudadanos de la Unión, tal denegación será conforme con el Derecho de la Unión”*.

La conclusión, como se ha indicado anteriormente, es que no puede existir una denegación automática de una autorización de residencia por arraigo familiar al progenitor de un menor español por el mero hecho de que tenga antecedentes penales. Es preciso que la resolución tenga en cuenta el “interés del menor” y que se lleve a cabo una interpretación restrictiva de los conceptos de “orden público” y de “seguridad pública”.

#### **5. Sentencia previa ante la orden de expulsión impuesta.**

El Tribunal, en el análisis de la cuestión casacional, trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Cuarta), 541/2020, de 9 de diciembre, dictada en el recurso de apelación 589/2019, por la que, estimando dicho recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia núm. 266/2019, de 30 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Valencia, anuló la resolución del Subdelegado del Gobierno en Valencia, de fecha 29-11-2018, por la que se había acordado la expulsión del territorio nacional de don Agapito, recurrente en la sentencia analizada, y establecido un periodo de prohibición de entrada de 9 años. Bajo los argumentos que luego expondremos, valoró



sus antecedentes desde la perspectiva de la seguridad pública y de su afección como amenaza real, actual y suficientemente grave al interés general de la sociedad, y, pese a la gravedad de los hechos por los que había sido condenado el recurrente, resolvió que debía prevalecer el arraigo familiar como excepción a la expulsión.

Pese a entender el tribunal que *“no puede considerarse la vinculación propia de la cosa juzgada por faltar la triple identidad exigible para que ésta despliegue sus efectos”*, no se le puede negar *“una cierta eficacia material derivada del principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE), que obligaría, al menos, a una motivación de mayor alcance que el realizado por la sentencia impugnada para llegar a una conclusión diferente y contradictoria”*. Además, señala que *“esta forma de proceder es contraria a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que obliga, entre otros extremos, a proporcionar una elemental coherencia entre los pronunciamientos de un mismo tribunal, aunque se trate de secciones diferentes, cuando abordan cuestiones sustancialmente iguales, como aquí ocurre, en relación con un mismo sujeto, máxime cuando el primer pronunciamiento es perfectamente conocido por el tribunal que resuelve en segundo lugar”*.

Y, tal y como señala el Tribunal, de no tenerse en cuenta la sentencia dictada en relación a la orden de expulsión impuesta, se pondría al recurrente en una situación de “alegalidad” de difícil solución, al no poder ser expulsado, pero tampoco permitirle obtener su residencia legal en España.

Los razonamientos que contiene la sentencia y que llevaron a la anulación de la orden de expulsión hacen referencia al derecho del menor de estar, crecer, criarse y educarse con su padre y madre en estos términos: *“La Constitución Española 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, 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 y con su padre. 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 [...]”*.

También se señala en la sentencia que el ordenamiento español no permite la expulsión de ciudadanos españoles, que es lo que ocurriría si se expulsa al progenitor del cual depende el menor español *“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 orden de expulsión del recurrente, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hija menor, que es española (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 de la hija y su padre”.*

Se hace referencia, igualmente, al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 en Roma, y ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 2009, que señala que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”,* y que *“el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha insistido en que las medidas que restringen el derecho a residir en un país pueden implicar una violación de dicho precepto si crean unas repercusiones desproporcionadas sobre la vida privada y/o familiar de las personas afectadas. Este mismo principio es recogido en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329) y en el art. 39.1 CE”.* la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 recoge que el interés superior del niño debe ser *“una consideración primordial de los Estados miembros”* al aplicar la Directiva 2008/115/CE.

Y el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar, continua diciendo la sentencia, alcanzan rango constitucional, *“pues no en vano el Tribunal Constitucional, en sentencia 140/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 140) dice: 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 (RCL 1999, 1190, 1572) ; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boulfifc. Suiza, o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania)”.*

## **6. Conclusiones.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido estableciendo la necesaria ponderación entre el derecho a la vida familiar y privada y la conducta del interesado constituya una amenaza real, grave y actual contra el orden público o seguridad pública o que la que afecte a un interés fundamental de la sociedad, estableciendo, por tanto, que la tenencia de antecedentes penales en sí misma no debe ser causa de expulsión ni causa de denegación de una autorización de residencia al progenitor de un menor de nacionalidad española o de un estado miembro de la Unión Europea.

Por tanto, y pese a que en la normativa se establece que para la concesión del arraigo familiar es preciso carecer de antecedentes penales, esto no es taxativo y los tribunales han de realizar un análisis de las circunstancias en cada caso.

Además, esta sentencia incorpora, por el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la obligación de una mayor motivación en el fallo cuando exista una sentencia previa dictada por otro Tribunal que analizó y valoró la revocación de una orden de expulsión administrativa impuesta como

consecuencia de una condena penal del recurrente (artículo 57.2 LOEX), desde la perspectiva de la seguridad pública y de su afección como amenaza real, actual y suficientemente grave al interés general de la sociedad, y llegó a la conclusión de que el arraigo familiar debía de prevalecer. Este mismo argumento debería, a juicio de la autora, prevalecer cuando la sentencia previa es la propia sentencia penal de la que provienen los antecedentes, siempre que en la misma se motive, conforme a lo establecido en el artículo 89.4 del código penal, que el arraigo familiar que tiene la persona es suficiente para no decretar la sustitución de la pena por expulsión.