



Roj: **STS 3060/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3060**

Id Cendoj: **28079130052019100234**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **7101/2018**

Nº de Resolución: **1270/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 1664/2018,**
ATS 4055/2019,
STS 3060/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.270/2019

Fecha de sentencia: 30/09/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7101/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 7101/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1270/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 30 de septiembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 7101/2018, interpuesto por el abogado del Estado contra la sentencia de 15 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que desestima el recurso de apelación 182/2017 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Toledo de 17 de marzo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Justo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 18 de agosto de 2016, desestimatoria de reposición contra la de 20 de junio de 2016, que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada. Interviene como recurrido D. Justo representado por la procuradora D.^a Paloma Rabadán Chaves y defendido por la letrada D.^a Susana Rovira Díez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de 15 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, desestima el recurso de apelación 182/2017 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Toledo de 17 de marzo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Justo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 18 de agosto de 2016, desestimatoria de reposición contra la de 20 de junio de 2016, que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada, anulando dichas resoluciones y reconociendo el derecho a obtener la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar solicitada.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, el abogado del Estado presentó escrito de preparación del recurso en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado por auto de 8 de octubre de 2018, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 12 de abril de 2019 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con el supuesto previsto en el art. 88.2.a) y 3.a) LJCA y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "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 el mismo auto se indica que las normas jurídicas que serán objeto de interpretación en sentencia son: "el artículo 31.5 LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social y el artículo 124.3 Real Decreto 557/2011, de 20 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. Así, como los aplicados por la sentencia impugnada: artículo 20 TFUE y 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 y la STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14".

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito en el que se solicita la estimación del mismo y la anulación de la sentencia recurrida. A lo que se opone la parte recurrida, rechazando los argumentos de la parte recurrente y solicitando la confirmación de la sentencia impugnada.

QUINTO.- Por providencia de 19 de junio de 2019, no acordándose la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2019, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida describe el planteamiento de la apelación ante la Sala en los siguientes términos:

"La sentencia apelada estima el recurso contencioso-administrativo. Parte de que el actor era padre de una hija de nacionalidad española y que la existencia de antecedentes penales no es obstáculo para la concesión del permiso previsto en atención a esa circunstancia en el art. 124.3 del R.D. 557/2011. Igualmente se afirma que la Administración no ha negado en las resoluciones administrativas recurridas que la menor conviviera con su padre y estuviera este al cargo de sus obligaciones paterno-filiales.

Así mismo se afirma que la existencia de una orden de expulsión confirmada en vía judicial no puede ser motivo de inadmisión a trámite de la solicitud pues la Disposición Adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000 en atención a la remisión que hace el art. 68.3 de la Ley.

Se interpone recurso de apelación por la Abogado del Estado invocando la aplicación indebida del art. 124.3 del R.D. 557/2011 por no cumplir el apelado los requisitos exigidos en dicho precepto. Se dice que no ha demostrado que conviva con su hija española y atienda a sus necesidades, además de que fue condenado por un delito de maltrato en el ámbito familiar que incide sustancialmente en la ausencia de arraigo familiar.

Igualmente invoca a ese respecto la sentencia firma del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Toledo de 30 de noviembre de 2.016 que confirmaba una orden de expulsión del apelado incompatible con poder reconocerle una autorización de residencia conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la L.O. 4/2000.

El Sr. Justo se opone al recurso de apelación señalando que la solicitud de regularización es muy anterior a la sentencia citada, y que las resoluciones administrativas impugnadas reconocen su arraigo al ser progenitor de una hija de nacionalidad española denegando su petición por el contrario con antecedentes penales."

Resolviendo el litigio, la Sala de instancia invoca la sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, que resuelve cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo, según la cual: "el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión", y en aplicación de dicha doctrina acaba desestimando el recurso de apelación, rechazando la alegación de la Administración del Estado sobre la existencia de una sentencia firme que desestima el recurso formulado contra una orden de expulsión del recurrente de 2 de febrero de 2016, señalando que esa resolución no fue considerada como causa de la denegación de la autorización y que, en todo caso, la existencia de esa orden no hubiera podido determinar, por sí misma, ni la inadmisibilidad ni la desestimación de la solicitud de arraigo fundada en la paternidad de una menor de nacionalidad española, en atención a lo recogido en la Disposición Adicional cuarta de la L.O. 4/2000, como se señala por el Juez de instancia y así se ha recogido también en sentencia del Pleno de la Sala de 13 de marzo de 2.015, apelación n.º 163/2013.

SEGUNDO.- No conforme con dicha sentencia el abogado del Estado preparó recurso de casación, dictándose auto de 12 de abril de 2019 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con el supuesto previsto en el art. 88.2.a) y 3.a) LJCA y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "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." Señalando que las normas jurídicas que serán objeto de interpretación

en sentencia son: "el artículo 31.5 LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social y el artículo 124.3 Real Decreto 557/2011, de 20 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. Así, como los aplicados por la sentencia impugnada: artículo 20 TFUE y 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 y las STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14".

En el escrito de interposición del recurso, el abogado del Estado, frente a la tesis de la sentencia impugnada de que el único obstáculo de contar con antecedentes penales no puede determinar sin más la no concesión del permiso de residencia sino que es preciso atender a las circunstancias personales y familiares concretas del caso, opone la sentencia de este TS de 5 de julio de 2018, rec. 3700/17, que transcribe, así como la 27 de noviembre de 2018, rec. 5255/17, concluyendo que para obtener una autorización de residencia temporal en cualquiera de sus variantes se exige con contundencia y claridad la carencia de antecedentes penales. Y en cuanto a la circunstancia de que el extranjero con antecedentes penales sea ascendiente de un menor de edad español, refiere el contenido de la STC 186/2013 y del TJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14, así como las previsiones del art. 124.3 del Reglamento de Extranjería, y concluye que en el caso de la STS 15/2017 el progenitor tenía dos hijos a su cargo ciudadanos de la UE, plenamente escolarizados y correctamente atendidos por el progenitor y la denegación de la autorización de residencia al padre suponía la salida del territorio de la UE de sus hijos y por ello se le concedió la autorización de residencia, sin embargo, en este caso no está acreditado que el padre tenga la guarda exclusiva de la hija española ni que esté a su cargo ni que conviva con él ni que la denegación de la autorización de residencia solicitada lleve aparejada como consecuencia ineludible la obligación de su hija de abandonar el territorio nacional. Se refiere igualmente al hecho de que la autorización se deniega, asimismo, por existir ya un trámite de expulsión en vigor de fecha 2-2-2016.

Se opone al recurso la representación procesal del interesado razonando sobre el alcance de los antecedentes penales a los efectos de la autorización pretendida y rechaza las alegaciones de la contraparte sobre la falta de acreditación de las circunstancias del art. 124.3 del Reglamento de Extranjería, considerando que se está pretendiendo una nueva valoración de la prueba.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, procede iniciar la resolución del recurso atendiendo a la cuestión que se suscita en el auto de admisión, que se ha reproducido antes.

A tal efecto conviene hacer referencia al planteamiento de la solicitud inicial y su desarrollo hasta la sentencia recurrida. Así, el interesado, de nacionalidad ecuatoriana, formula solicitud de 21 de abril de 2016 por circunstancias excepcionales que se concretan, según el formulario correspondiente, en "arraigo familiar: progenitor de menor español o hijo de padre/madre españoles de origen (art. 124.3), acompañando documentos justificativos de la solicitud. La resolución inicial de 20 de junio de 2016 justifica la denegación señalando que "consta en el informe emitido por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación al interesado le figura en la base de extranjeros DIRECCION001 un trámite de expulsión de fecha 2/2/2016, notificado el 10/02/2016, actualmente en vigor y antecedentes por la Guardia Civil "...con fecha 5/08/2013 en el Puesto de DIRECCION000 por delito de MALOS TRATOS FISICOS Y EN EL AMBITO FAMILIAR" siendo el informe emitido DESFAVRABLE. Asimismo le figuran ANTECEDENTES PENALES por Violencia Doméstica y de Género."

Formulado recurso de reposición fue desestimado por resolución de 18 de agosto de 2016, razonando que: "el interesado es progenitor de un menor español y se encuentra dentro del régimen de aplicación de la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución como arraigo familiar. Eso es una cuestión que no se duda ni se cuestiona. No obstante, haciendo una valoración de conjunto, en el presente caso no queda acreditada la cancelación de los penales ni de los policiales, como para autorizar la residencia en España, requisito exigido en la Ley de Extranjería para todas las situaciones de residencia en las que se pueda encontrar el interesado y ésta que ha solicitado es una de ellas."

Interpuesto recurso contencioso administrativo, el Juzgado n.º 2 de los de Toledo dictó sentencia estimatoria de 17 de marzo de 2017, razonando que concurren los requisitos del art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y que en dicho precepto, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de arraigo social y arraigo laboral, no se exige la carencia de antecedentes penales en el supuesto de arraigo familiar, conclusión a la que llega a pesar de lo dispuesto en el art. 128.2 del propio Reglamento y 31.5 de la LO 4/2000, en atención la doctrina del Tribunal Supremo sobre la protección del menor. Rechaza igualmente la denegación por la existencia de un trámite de expulsión del interesado, entendiendo que la autorización por arraigo puede incluirse entre las salvedades de la DA Cuarta de la Ley 4/2000.

Formulado recurso de apelación se desestima por la sentencia objeto de esta casación, en los términos que ya se han reproducido antes.

CUARTO.- A la vista de la situación planteada, la cuestión que se suscita en el auto de admisión es si 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, el hecho de tener un hijo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea ha de tomarse en consideración y la incidencia que pueda tener a efectos de reconocer el derecho a la autorización solicitada.

A tal efecto, el art. 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, tras definir la situación de residencia temporal, establece con carácter general, para autorizar la residencia temporal y sin distinción de causa, el requisito de carecer de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, criterio que se viene confirmando por este Tribunal, desde ese punto de vista del derecho propio del solicitante en atención a sus circunstancias personales.

Sin embargo, en las solicitudes de autorización por arraigo familiar y en concreto por tener la condición de progenitor de un menor de nacionalidad española a su cargo, ha de tomarse en consideración la condición de ciudadano de la Unión Europea del menor y valorarse los derechos que en tal condición pueden resultar afectados y que son protegidos por el derecho comunitario, lo que puede dar lugar al reconocimiento de autorización de residencia al progenitor en determinadas condiciones, como derecho derivado y en garantía del derecho del que es titular el ciudadano europeo.

Se plantea así una interpretación integradora de las normas internas y comunitarias en relación con la situación jurídica, que afecta tanto al solicitante de la autorización como al menor, ciudadano europeo, en la efectividad de sus derechos como tal.

Esta situación ha sido examinada en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo significativa la sentencia de 19 de septiembre de 2018, asunto C-165/14, aplicada en la instancia, que resuelve cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo, que el Tribunal de Justicia reformula, al amparo del art. 267 TFUE, "entendiendo que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38, por un lado, y el artículo 20 TFUE, por otro, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización 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 su derecho a la libre circulación, y aunque la consecuencia de tal denegación sea obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión."

Así planteada la cuestión, lo primero que señala el TJUE es que: "los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros Estados por las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios, sino derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación y de residencia por parte de un ciudadano de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12, EU:C:2013:291, apartado 35; de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 22, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 36 y jurisprudencia citada). Así pues, en principio, sólo existe un derecho de residencia derivado a favor de un nacional de un tercer Estado cuando sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de un ciudadano de la Unión de sus derechos a circular y residir libremente en ésta."

Desde esta consideración, examina si un nacional de un tercer Estado puede gozar de un derecho de residencia derivado, sobre la base del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38 o bien sobre la base del artículo 20 TFUE, y, en su caso, si sus antecedentes penales pueden justificar una limitación de ese derecho.

Pues bien, en relación con el primer supuesto, conviene señalar que en la sentencia se declara que "el nacional de un tercer Estado, puede invocar un derecho de residencia derivado, en cuanto ascendiente directo de un ciudadano de la Unión que goza de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la condición de miembro de la familia "a cargo" del ciudadano de la Unión titular del derecho de residencia resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia, de manera que, cuando se da la situación inversa, como ocurre en el presente caso, es decir, cuando el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional de un tercer país, este último no puede invocar la condición de ascendiente "a cargo" de dicho titular, en el sentido de la Directiva 2004/38, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, apartado 25).

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).

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)."

Seguidamente el TJ examina la incidencia de los antecedentes penales en el reconocimiento de un derecho de residencia derivado, habida cuenta de los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38 , a cuyo efecto y recordando que el derecho de residencia en la Unión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia no es incondicional, sino que puede estar acompañado de las limitaciones y de las condiciones previstas por el Tratado y por las disposiciones adoptadas para su aplicación (véase, en particular, la sentencia de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07 , EU:C:2008:396 , apartado 21 y jurisprudencia citada), reproduce su doctrina sobre las limitaciones del 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07 , EU:C:2008:396 , apartado 22), precisando que "el artículo 27, apartado 2, de esta Directiva subraya 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, que 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 que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, EU:C:2008:396 , apartados 23 y 24, y de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09 , EU:C:2010:708 , apartado 48), de manera que, "el Derecho de la Unión se opone a una limitación del derecho de residencia basada en motivos de prevención general y decretada con la finalidad de disuadir a otros extranjeros, en particular cuando dicha medida se haya dictado automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02 , EU:C:2006:253 , apartado 93 y jurisprudencia citada), concluyendo que: "A la luz de cuantas consideraciones preceden, el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales."

En relación con el segundo supuesto, es decir, la existencia de un derecho de residencia derivado en virtud del artículo 20 TFUE , que es el se suscita en este recurso, menor de edad que siempre ha residido en el Estado miembro del que tiene la nacionalidad, señala que la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de octubre de 2010, Lassal, C-162/09, EU:C:2010:592 , apartado 29, y de 16 de octubre de 2012, Hungría/Eslovaquia, C-364/10 , EU:C:2012:630 , apartado 43), recuerda que 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), declaró que el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales 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 y que, en cambio, las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros Estados (sentencias de 8 de noviembre de 2012, lida, C-40/11, EU:C:2012:691 , apartado 66, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12 , EU:C:2013:291 , apartado 34), reiterando que "los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros Estados por las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados de los que tiene el ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión (sentencias

de 8 de noviembre de 2012, lida, C-40/11, EU:C:2012:691 , apartados 67 y 68, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C-87/12 , EU:C:2013:291 , apartado 35)."

Señala al respecto 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 (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, Alopka y Moudoulou, C-86/12 , EU:C:2013:645 , apartado 32)."

"Así pues, en el caso de que la denegación de la residencia al ..., nacional de un tercer Estado a quien se ha concedido la guarda exclusiva de esos niños, obligase al interesado a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción del mencionado derecho, en particular del derecho de residencia, puesto que dichos niños podrían verse obligados a acompañar al Sr... y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, la eventual obligación de su padre de abandonar el territorio de la Unión les privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, EU:C:2011:734 , apartado 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, Alopka y Moudoulou, C-86/12 , EU:C:2013:645 , apartado 32)."

Pasando a examinar la posibilidad de imponer limitaciones a un derecho de residencia derivado basado en el artículo 20 TFUE , y en concreto en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, la apreciación de esa situación ha de tener 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, 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.

Sin embargo, no cabe extraer esta conclusión de manera automática basándose únicamente en los antecedentes penales del interesado. Dicha conclusión sólo podrá derivarse, en su caso, de una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional remitente, 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."

En razón de todo ello concluye que: "el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión."

La interpretación de las normas y valoración de la situación que se establece por el TJUE en dicha sentencia y las que cita, permiten concluir, en relación con las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión de este recurso, 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 salvaguardia 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.

Tales criterios son lo que han de informar la interpretación del art. 31.5 de la LO 4/2000, criterios que resultan plenamente aplicables en relación con el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, que, congruente con la normativa comunitaria y su interpretación por el TJUE, omite cualquier referencia al requisito de carecer de antecedentes penales.

QUINTO.- De acuerdo con la interpretación de las normas que se acaba de indicar y aun tomando en consideración los datos sobre el arraigo familiar que concurren en el interesado, es lo cierto que ni en las resoluciones administrativas ni en las sentencias impugnadas se ha llevado cabo una valoración de conjunto de las circunstancias concurrentes, 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, que puede determinar la denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

Pues bien, en este caso, aunque se hace constar el dato del empadronamiento, no se le da la relevancia que merece al hecho de que el interesado solo aparece empadronado en el domicilio familiar el 28 de marzo de 2016, menos de un mes antes de la solicitud de residencia por razones de arraigo, cuando el empadronamiento de los demás miembros de la familia se produjo en 2006 y 2008, lo que refleja la situación familiar en ese momento. Por otra parte, tampoco se valoran convenientemente los antecedentes penales, de 2013, por delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, conductas que inciden directamente sobre el arraigo familiar y especialmente sobre la necesaria protección del menor contra cualquier forma de malos tratos (físicos, psíquicos, emocionales), y que el bien jurídico lesionado es objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico español, mediante una legislación específica, en línea con las actuaciones sobre la materia desarrolladas en el ámbito europeo, que se reflejan en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España, en cuyo art. 1 señala como objetivos, entre otros, proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; o concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Añadiendo en art. 2 que el Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, incluyendo en el art. 3 las correspondientes definiciones. La preocupación por la protección de estos bienes jurídicos en el ámbito europeo se describe ampliamente en la resolución del Parlamento Europeo de 27 de octubre de 2017, sobre lucha sobre el acoso y abusos sexuales en la Unión Europea, que recoge las distintas actuaciones llevadas a cabo y alienta a continuar avanzando en las mismas.

Si esto ha de valorarse, como indicamos en la sentencia dictada en el recurso 6068/2018, en los supuestos de expulsión de ciudadanos europeos, con mayor razón cuando el solicitante de la residencia es un nacional de un tercer estado que invoca como justificación de su derecho la situación de arraigo (padre de una menor española), que no resulta compatible con determinadas conductas delictivas que inciden negativamente en la situación de arraigo familiar, suponiendo una grave alteración de la convivencia familiar y con ello del ámbito en el que se desarrolla la vida del menor, y que han determinado la imposición de penas, como prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicación, que de hecho suponen la ruptura de la convivencia familiar. Todo lo cual adquiere mayor relevancia cuando se está invocando un derecho derivado de los derechos y protección del menor en su ámbito familiar. Por todo ello procede estimar el recurso de casación y denegar la autorización temporal por arraigo familiar que se solicitó, casando la sentencia recurrida y dejando sin efecto la inicial del Juzgado lo Contencioso-Administrativo, con desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Justo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno



en Toledo de 18 de agosto de 2016, desestimatoria de reposición contra la de 20 de junio de 2016, que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada, que se confirman en cuanto a la desestimación de la solicitud formulada.

SEXTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación n.º 7101/2018, interpuesto por el abogado del Estado contra la sentencia de 15 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que desestima el recurso de apelación 182/2017 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Toledo de 17 de marzo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Justo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 18 de agosto de 2016, desestimatoria de reposición contra la de 20 de junio de 2016, que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada, que casamos; en su lugar desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Justo contra las referidas resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 18 de agosto de 2016, desestimatoria de reposición contra la de 20 de junio de 2016, que deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitada, que se confirman en cuanto a la desestimación de la solicitud formulada; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez, presidente Rafael Fernandez Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Ines Huerta Garicano Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública lo que, como letrada de la Administración de Justicia, certifico.