

El derecho a obtener autorización para residir en España de un extranjero con antecedentes penales que tiene a su cargo hijos menores ciudadanos de la Unión

ÁNGELA CRUZ LUNA¹

RESUMEN

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, por interpretación de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha extendido a los familiares de los ciudadanos europeos. De esta manera, el Tribunal Supremo español reconoció el derecho de residencia, sin importar que los familiares tuvieran nacionalidades de países que no son miembros de la Unión. El objetivo de este artículo es, por un lado, conocer el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE en materia relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los

1 Doctoranda del Departamento de Derecho Público y Económico, Universidad de Córdoba, Córdoba, España. Correo-e: angcruzluna@hotmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0776-6001> Fecha de recepción: 20 de agosto de 2018. Fecha de modificación: 4 de septiembre de 2018. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2018. Para citar el artículo: CRUZ LUNA, ÁNGELA, "El derecho a obtener autorización para residir en España de un extranjero con antecedentes penales al tener a su cargo hijos menores ciudadanos de la Unión", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 401-426. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.16>

miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros cuando el familiar extranjero cuente con antecedentes penales y, por otro lado, analizar el efecto que las sentencias de 13 del septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14 del TJUE y del 10 de enero de 2017 del Tribunal Supremo español han tenido sobre las actuaciones de la Administración pública nacional. Lo estudiado en este artículo se centra en la situación particular de un extranjero que cuenta con antecedentes penales.

Palabras clave: derecho de libre circulación, derecho de residencia, extranjero con antecedentes penales, hijos menores ciudadanos de la Unión Europea, Tribunal de Justicia europea, Tribunal Supremo español.

The Right of a Foreigner with a Criminal Record to Obtain Authorization to Live in Spain as the Parent in Charge of Minors Citizens of the European Union

ABSTRACT

The European Court of Justice granted the right to move and reside freely within the territory of the Union to the relatives of the European citizens. In the same manner, the Spanish Supreme Court awarded the right of residence to relatives of European citizens, regardless if they are nationals of countries that are not member States of the Union. This paper intends, on the one hand, to reveal the development of the jurisprudence on the right of European Union citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Union and, on the other hand, it aims to examine the effects that the rulings on this issue of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and of the Spanish High Court have had on the actions of the national Public Administration. The research focuses on the particular case of a foreigner with criminal records.

Keywords: The Right to Move and Reside Freely, Foreigner with Criminal Records, Minor children citizens of the European Union, European Union Court of Justice, Spanish High Court.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) viene llevando a cabo una interpretación extensiva del derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, tanto por los ciudadanos europeos como por sus familiares, con independencia de la nacionalidad de estos últimos. Diferentes sentencias han puesto de manifiesto esta evolución en la que la jurisprudencia

del TJUE ha ido ampliando el estatuto de los ciudadanos de la Unión y ha ido reconociendo algunos de sus derechos a sus familiares². Tal y como sintetiza Cortés Martín³, hubo una primera etapa en la que el derecho de residencia se vinculaba al principio de no discriminación en el ámbito del mercado interior. Con la posterior entrada del concepto de ciudadanía europea ya no era necesario demostrar el vínculo económico, sino que el vínculo familiar bastaba con el elemento de la transnacionalidad⁴. Incluso posteriormente se flexibilizó el elemento transnacional y finalmente se ha establecido el derecho de residencia derivado a favor de los progenitores de menores, ya que se ha querido evitar privar del efecto útil de la ciudadanía a menores.

La Sentencia del TJUE del 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14, y la sentencia del Tribunal Supremo español del 10 de enero de 2017 suponen la recepción, en España, de la última parte de ese desarrollo jurisprudencial: el efecto que tiene la ciudadanía europea, en este caso, en un nacional de un tercer Estado, Colombia, padre de dos menores ciudadanos europeos frente al derecho nacional. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo español reconoce el derecho a obtener autorización para residir en España a un ciudadano colombiano con antecedentes penales al tener a su cargo a dos hijos menores ciudadanos de la Unión. De esta forma, esta decisión judicial

- 2 En relación con la concesión de derechos propios del estatuto de ciudadanía de la Unión a sujetos que carecen de la condición de nacionales de un Estado miembro, véase ÁNGELA CRUZ LUNA, "Ciudadanía de la Unión y nacionalidad: la incidencia del derecho de la Unión en las competencias sobre la nacionalidad de los Estados miembros", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2018, pp. 171-188.
- 3 JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, "Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 872.
- 4 En relación con el concepto de ciudadanía europea, véase, con carácter general, MARIE JOSE GAROT, "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo", *Rev. Direito GV*, vol. 8, n.º 2, São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, 2012, pp. 745 y ss.; VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA, BLANCA VILÁ COSTA y ANDREU OLESTI RAYO, *Lecciones de derecho comunitario*, Barcelona: Ariel Derecho, 2011, pp. 295 y ss.; ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2016, pp. 152 y ss.; ENRIQUE LINDE PANIAGUA, MARIANO BACIGALUPO SAGGESE y JESÚS ÁNGEL FUENTE TAJA PASTOR, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid: UNED - Colex Editorial, 2012, pp. 157 y ss.; MARÍA DEL ROSARIO CARMONA LUQUE, "El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 199 y ss.; ELENA CRESPO NAVARRO, "La Jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión: La interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2007, pp. 909-910; JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, "La ciudadanía europea: ¿un sueño al alcance de la mano?", *Autonomías*, n.º 29, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2003, pp. 64 y ss.

anuló una sentencia previa de la Audiencia Nacional, en la que se denegaba al demandante la autorización de residencia por circunstancias excepcionales⁵.

Esta decisión judicial resulta importante por dos cuestiones:

La primera es la inaplicación del artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000 del 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería, LOEX, en adelante), desarrollado por el artículo 45 del Real Decreto 557/2011 del 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX (en adelante, RLOEX), por resultar contrarios a los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante), al entender que su aplicación equivaldría a no poder desarrollar el derecho de ciudadanía de la Unión⁶.

La segunda cuestión es que esta sentencia supone consagrar en España la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*⁷ con un nuevo desarrollo. En el caso *Ruiz Zambrano*,

5 Sentencia de la Audiencia Nacional del 21 de marzo de 2012. Número de recurso: 439/2010.

6 Artículo 31.5 LOEX: "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". Artículo 45 RLOEX: "Definición y supuestos de residencia temporal. 1. Se halla en la situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. 2. Los extranjeros en situación de residencia temporal serán titulares de uno de los siguientes tipos de autorización: a) Autorización de residencia temporal no lucrativa. b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar. c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación. e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE. f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada. g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia. h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo". Artículo 20 TFUE: "1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: 1) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; [...]. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de estos". Artículo 21 TFUE: "1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho 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".

7 Sentencia del TJUE del 8 de marzo de 2011, *G Ruiz Zambrano/Office National de L'Emploi*, as. C-34/09. En general, sobre esta importantísima sentencia, véase, KOEN LENAERTS y JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONS, "Ruiz Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 40, Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 493-521; HANNEKE VAN ELIJKEN

se trataba de saber si las disposiciones del TFUE sobre ciudadanía europea conferían al ascendiente, nacional de un país tercero, que asumía la manutención de sus dos hijos menores, ciudadanos de la Unión, un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores eran nacionales y donde residían. En el indicado asunto, el TJUE reconoció el derecho de residencia del ascendiente de los ciudadanos europeos como un derecho derivado, no como un derecho propio del mismo, ya que el no reconocerlo supondría privar de todo efecto útil al derecho de residencia del menor en el territorio de la Unión Europea. La sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario desarrolla por primera vez en España esta jurisprudencia del TJUE al reconocer también en España que el derecho de residencia a favor de un nacional de un tercer Estado (Colombia), puede estar vinculado a los derechos de residencia y circulación de un nacional de la Unión.

El análisis de este trabajo se divide en una reflexión de cinco puntos. En el primero, se expondrán los hechos relevantes del caso *Rendón Marín*, incluyendo las decisiones de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y el fallo del TJUE. En el segundo apartado se examinará el derecho de residencia en España de los ciudadanos extranjeros y, en concreto, el régimen de las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Como tercer punto se tratarán las dudas de compatibilidad entre la regulación de la normativa española y el derecho de la Unión Europea. Y finalmente se analizará el desenlace judicial de este asunto y sus consecuencias.

1. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO

El demandante, D. Alfredo Rendón Marín, era de nacionalidad colombiana y padre de dos menores de edad ciudadanos de la Unión, un hijo de nacionalidad española y una hija de nacionalidad polaca, que residían en España desde su nacimiento. Asimismo, mediante resolución del 13 de mayo de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga, el demandante había obtenido la guardia y custodia exclusiva de sus hijos, estando escolarizados y atendidos.

y SYBE DE VRIES, "A new route into the promised land? Being a European citizen after Ruiz Zambrano", *European Law Review*, n.º 5, Londres: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 704-721; SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, "El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, Madrid: Iustel, 2011, pp. 1 y ss.; ANA PALOMA ABARCA JUNCO y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "El Estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, Madrid: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2012, pp. 1 y ss.; ELENA CRESPO NAVARRO, *óp. cit.*, pp. 883-912; PILAR JUÁREZ PÉREZ, "La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (Ruiz Zambrano)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, Madrid: Universidad Carlos III, 2011, pp. 249-255.

El Sr. Rendón Marín tenía antecedentes penales. En concreto, fue condenado en España por sentencia firme del 6 de marzo de 2006, a una pena de 9 meses de prisión por delito de violencia doméstica y lesiones, condena que fue suspendida por dos años, empezándose a cumplir el 13 de febrero de 2009. En fecha del 20 de marzo de 2014, momento del auto de remisión de la cuestión prejudicial al TJUE, tenía pendiente la resolución de una solicitud de cancelación de sus antecedentes penales.

En febrero de 2010, el demandante presentó ante el director general de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración una solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, con arreglo al apartado 4 de la disposición adicional primera del Real Decreto 2393/2004, del 30 de diciembre⁸, *in fine*. De acuerdo con este precepto: "el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento".

El 13 de julio del mismo año se le denegó la residencia temporal en España por resolución de la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, adoptada por delegación por el director general de Inmigración. La Administración denegó la autorización solicitada, sustancialmente, por considerar que el hecho de ser ascendiente de un menor de edad de nacionalidad española no es suficiente "por sí mismo" para dar por acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales, a falta de otras que, adicionalmente a la esgrimida, permitieran otorgar dicha autorización. Y además de ello, se denegó por la existencia de antecedentes penales en España. En este sentido, la resolución recordó la existencia de antecedentes penales, lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.5 de la LOEX haría imposible la concesión de la residencia temporal solicitada⁹.

El demandante decidió interponer un recurso contencioso administrativo contra tal denegación solicitando su anulación y la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, al tratarse de un ascendiente de un menor de edad de nacionalidad española, tener una oferta de trabajo y llevar más de tres años en España.

El 21 de marzo de 2012, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando el recurso promovido por el interesado contra la resolución del director general de Inmigración por la

8 Norma posteriormente derogada por la disposición derogatoria única del Real Decreto 557/2011, del 20 de abril.

9 Artículo 31.4 de la LOEX: "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".

que se le había denegado la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La Audiencia Nacional desestimó el recurso basándose en que no se podía conceder la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, porque el demandante tenía antecedentes penales en España, aun cuando fuese ascendiente de un español menor de nacionalidad española del que ostentaba la patria potestad y hubiese alegado razones de arraigo.

Posteriormente, el demandante presentó recurso de casación contra esta sentencia ante el Tribunal Supremo. En este recurso se solicitó que fuese casada y anulada la sentencia recurrida, por entender que se le debería haber reconocido el derecho a la autorización de trabajo y de residencia por concurrir circunstancias excepcionales. Se invocó la interpretación errónea de las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos *Zhu y Chen*¹⁰ y *Ruiz Zambrano*, cuya doctrina debería haber llevado, según se afirmaba, a concederle la autorización de residencia solicitada.

En 2013, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto. El Tribunal Supremo indicó que la denegación de la autorización de residencia en España al demandante supondría la salida forzosa del territorio nacional y, por tanto, de la Unión Europea, lo que implicaría, en consecuencia, la salida del territorio de la Unión de sus dos hijos, menores de edad, que dependían del interesado, a pesar de ser ciudadanos de la Unión y gozar, en consecuencia, del derecho a residir en ella. Sin embargo, el Tribunal Supremo también señaló que la legislación española aplicable establece la prohibición de conceder una autorización de residencia cuando el solicitante tiene antecedentes penales en España.

En 2014, ante esta contradicción entre el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico de la UE, se suspendió la tramitación del procedimiento y se solicitó al TJUE que se pronunciara sobre la siguiente cuestión prejudicial: ¿es compatible con el artículo 20 del TFUE una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquel, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello conlleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar al progenitor?

Después de que el Tribunal Supremo planteara la petición de decisión prejudicial, el Sr. Rendón Marín presentó ante la Subdelegación del Gobierno de Málaga dos nuevas solicitudes de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, la segunda de las cuales fue estimada. Efectivamente, en 2015, la Subdelegación del Gobierno de Málaga concedió al demandante una autorización de residencia temporal. El recurrente había

10 Sentencia del TJUE del 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen*, as. C-200/02.

obtenido la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales basadas en el arraigo familiar, en virtud de los artículos 124 y 128 del RLOEX, en razón de la cancelación de sus antecedentes penales por la autoridad española competente¹¹.

A pesar de ello, el proceso siguió adelante y el TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada mediante la Sentencia del 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14.

A vista de la respuesta dada por el TJUE, el Tribunal Supremo finalmente falló lo siguiente. Primero, estimó el recurso de casación interpuesto. Segundo, casó y anuló la sentencia de la Audiencia Nacional. Tercero, estimó el recurso contencioso-administrativo. Cuarto, reconoció el derecho del Sr. Rendón Marín a que le fuera concedida la autorización de residencia temporal por circunstancias excepciones y, finalmente, no impuso costas del recurso contencioso-administrativo ni de las de casación.

2. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

Especial atención merece para entender adecuadamente los términos del debate, la diferenciación entre los extranjeros ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros de terceros países, ya que el régimen de extranjería cambia sustancialmente. La LOEX no se aplica a todos los extranjeros. El mismo texto en la descripción de su ámbito de aplicación establece dos excepciones. La primera se aplica a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados miembros del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), y la segunda, a los diplomáticos,

11 Artículo 124 del RLOEX: "Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar. 2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos: a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años. b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social. 3. Por arraigo familiar: a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo". Artículo 128 del RLOEX: "En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias: a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español".

representantes y funcionarios de organismos internacionales. En el derecho español, en consecuencia, existen dos regímenes de extranjería: un régimen general que se aplica a todos los que carecen de nacionalidad española y un régimen especial aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión y del EEE. La distinción es importante porque los regímenes presentan diferentes fuentes normativas, destinatarios, requisitos para la entrada, estancia y/o residencia y el ejercicio de actividades laborales, salida del territorio español y régimen sancionador¹².

2.1. LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ESTE DERECHO

El régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión tiene su origen en la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, tal y como se desprende de los artículos 21 y 45 del TFUE y de la Directiva 38/2004 reguladora del derecho de circulación y residencia, 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.

Esta normativa reglamenta dos derechos diferentes, el de circulación y el de residencia, que en la mayoría de los casos se ejercen conjuntamente. Dentro del derecho de residencia existen dos tipos, la temporal y la permanente. Y dentro del ámbito de la residencia temporal existen dos subtipos, aquella que es inferior a tres meses y la superior a este periodo de tiempo.

2.2. LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El Real Decreto 240/2007 del 16 de febrero regula la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE. Esta normativa se aplica a los ciudadanos de la Unión Europea, a los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE y a los miembros de su familia. Además, extiende el ámbito de aplicación a los nacionales de otros Estados terceros que no sean miembros de la UE ni del acuerdo sobre el EEE, y a los miembros de su familia, en virtud de acuerdos de libre circulación que puedan celebrarse entre la UE y sus Estados miembros de un lado, y dichos Estados terceros, por otra (v.gr., Suiza). Finalmente, el decreto incluye a los miembros de la familia del ciudadano español, cualquiera que sea su nacionalidad, cuando le acompañen o se reúnan con él.

12 ANA PALOMA ABARCA JUNCO, MIGUEL GÓMEZ JENE, MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, ELISA PÉREZ-VERA y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Derecho internacional privado*, Madrid: UNED, 2016, p. 296.

Por su parte, la LOEx y su Reglamento regulan los derechos y libertades de los extranjeros no nacionales de otros Estados miembros de la UE en España y su integración social con las dos excepciones señaladas anteriormente. Esta es la normativa que se aplicaba al demandante por ser ciudadano de un tercer Estado. En el caso que nos ocupa, el Sr. Rendón Marín, ciudadano extranjero, había ejercido su derecho de residencia al establecer su residencia en España, Estado diferente del que era nacional, Colombia.

2.3. EL DERECHO DE RESIDENCIA PARA CIUDADANOS EXTRANJEROS NO NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE

2.3.1. Derecho de residencia

Los extranjeros podrán, conforme al artículo 29 LOEx, encontrarse en España legalmente en dos situaciones: estancia o residencia.

En el primer caso, estancia o estancia de corta duración, se encuentra el extranjero que no esté en posesión de una autorización de residencia, ya que su estancia va a ser por un periodo inferior a 90 días. La estancia es una situación temporal y breve de permanencia en el territorio, en este caso español, que el extranjero debe abandonar¹³.

En la situación de residencia, se encuentra el extranjero que tenga una autorización para residir en España. En el régimen de residencia hay que diferenciar diversos tipos, dependiendo de la temporalidad o el carácter permanente de la misma. De esta forma, la residencia puede ser temporal o permanente. En la residencia temporal se autoriza al extranjero para permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a 5 años. En la residencia permanente se autoriza al extranjero a residir en España de manera indefinida, "en las mismas condiciones que los españoles", tal y como se desprende del artículo 32.1 LOEX. Este derecho lo tienen los extranjeros que hayan tenido residencia temporal durante 5 años y reúnan los requisitos legal y reglamentariamente establecidos. Esta situación solo se podrá perder por ausencia de estancia durante más de dos años consecutivos.

2.3.2. Situaciones de residencia temporal

Existen diferentes tipos de residencia temporal, tal y como se recoge en el artículo 45 del RLOEX: a) residencia temporal no lucrativa; b) residencia temporal por reagrupación familiar; c) residencia temporal y trabajo por cuenta

13 En relación con todo su régimen jurídico, véase ANA PALOMA ABARCA JUNCO, BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA, JUAN MANUELA LACRUZ LÓPEZ, ISIDORO MARTÍN DÉGANO y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Inmigración y extranjería, régimen jurídico*, Madrid: Colex, 2011, pp. 77 y ss.

ajena; d) residencia temporal y trabajo de investigación; e) residencia temporal de profesionales altamente cualificados; f) residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada; g) residencia temporal y trabajo por cuenta propia; h) residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios; i) residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo; y, j) la residencia temporal por motivos excepcionales, estas últimas reguladas en el título V RLOEX.

No resulta de interés a nuestros efectos ni a los fines de este trabajo detenerse en la residencia temporal de investigación, en la de profesionales altamente cualificados, en la de excepción de la autorización de trabajo, en la de trabajo por cuenta ajena de duración determinada ni en la de residencia temporal no lucrativa, ya que ninguna era aplicable a la situación del demandante. Sin embargo, basándonos en los recursos presentados por el demandante, sí podrían tener relevancia las situaciones de residencia temporal lucrativa, la de reagrupación familiar y la situación de residencia temporal por motivos excepcionales.

En primer lugar, y en relación con la residencia temporal lucrativa, debe señalarse que esta puede ser por cuenta propia o por cuenta ajena. En el caso de trabajo por cuenta propia, tendrá una duración de un año y se limitará a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de actividad. Para acceder a ella tendrán que reunirse los siguientes requisitos: primero, que el trabajador no se encuentre irregularmente en territorio español; segundo, que carezca de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español; tercero, que el trabajador no figure como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; cuarto, que haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por este en el marco de su retorno voluntario al país de origen¹⁴; quinto, que se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia temporal; y por último, que cumpla determinadas condiciones en materia de trabajo.

En el caso de trabajo por cuenta ajena, esta autorización habilitará a los extranjeros a residir y trabajar por cuenta ajena en España. Los requisitos para acceder a ella están recogidos en los artículos 36, 38 y 40 de la LOEX y regulados en los artículos 62 al 70 del RLOEX. Se exige, junto a los antes señalados, los siguientes: primero, no ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del EEE o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países; segundo, que la situación nacional de empleo permita la contratación; tercero, presentar un contrato firmado por el empleador y trabajador que garantice al trabajador una

14 En relación con el concepto y el régimen jurídico del retorno voluntario, véase CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS y BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS, "Retorno voluntario de inmigrantes", *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, n.º 23, Huelva: Universidad de Huelva, 2010, pp. 137-158.

actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar; cuarto, las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se deberán ajustar a las establecidas por la normativa vigente; y quinto, el empleador solicitante deberá estar inscrito en el régimen del sistema de seguridad social y encontrarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la seguridad social. Asimismo, el empleador deberá contar con medios económicos, materiales o personales suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador. Finalmente, el empleador deberá de poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

En segundo lugar, en los casos de residencia temporal por reagrupación familiar, se encuentra el extranjero que haya sido autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente. Se podrá reagrupar al cónyuge del residente, hijos y ascendientes de primer grado. Por lo tanto, se entiende como el derecho de los nacionales de terceros países residentes legales en España a obtener la entrada y residencia de algunos miembros de su familia, siempre que cumplan con determinados requisitos, entre los que se incluye nuevamente carecer de antecedentes penales.

Una vez analizadas las circunstancias alegadas por el Sr. Rendón Marín, podemos llegar a la conclusión de que las condiciones antes explicadas no se reunían y el demandante no podía acogerse a ninguna de las dos ya que tenía antecedentes penales. Tanto en el caso de la residencia temporal lucrativa como en la de reagrupación familiar es requisito carecer de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español. Por eso el Sr. Rendón Marín solicitó la situación de residencia por motivos excepcionales.

2.3.3. Residencia temporal por circunstancias excepcionales

2.3.3.1. Situaciones

La legislación sobre extranjería contempla unas situaciones especiales de residencia. Estas hacen referencia a estudiantes, mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y menores extranjeros no acompañados, y abarca también circunstancias especiales por razón de arraigo, por protección internacional, por razones humanitarias, por colaboración con la justicia, por seguridad nacional, por interés público u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente¹⁵.

15 En general, sobre esta cuestión, véase ENRIQUE FERNÁNDEZ MORENO (dir.), GUILLERMO PAOLA MORENO, ROSARIO ESPINOSA CALABUIG, ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ, ROSA LAPIEDRA ALCAMI, ISABEL REIG FABADO, CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS y MANUEL DE LORENZO SEGRELLES, *Nacionalidad y extranjería*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

La residencia por circunstancias excepcionales está regulada en el artículo 31.3 de la LOEX, y en los artículos 45 a 47 y 123 y siguientes de su RLOEX.

En todos estos casos hay dos elementos comunes. El primero es que el extranjero se encuentre en España en el momento de solicitar la autorización. Y el segundo es que no haya mala fe. En el caso de que la autorización sea concedida, la residencia será para el periodo de un año¹⁶.

Los supuestos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales son considerados de extraña ocurrencia por cuanto no están necesariamente relacionados con el desarrollo de actividades lucrativas ni con la residencia vinculada a la situación laboral. De todos estos casos, nos centraremos en los supuestos de arraigo porque el demandante, el Sr. Rendón Marín, no se encontraba en las otras circunstancias. La causa excepcional por arraigo tiene una especial tradición en España porque, tal y como señalan Abarca Junco y otros autores, siempre se ha considerado un criterio de vinculación con el territorio que permitía a la Administración "sanar" la situación irregular de determinados extranjeros, sin necesidad de acudir a procedimientos de regularización¹⁷.

La LOEX contempla tres casos de arraigo que permiten documentar al extranjero con una autorización de residencia temporal, que conlleva una autorización de trabajo, salvo para los menores de edad. Las tres circunstancias de arraigo son: arraigo laboral, arraigo familiar y arraigo social. En todas ellas deben de cumplirse unos determinados requisitos expuestos en el artículo 124 del RLOEX.

Los requisitos comunes a todas estas situaciones de arraigo son: primero, no ser ciudadano de la Unión Europea; segundo, carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; tercero, no tener prohibida la entrada en España; y finalmente, no encontrarse dentro del plazo de compromiso de no retorno a España.

En el caso del arraigo laboral, se podrá conceder a ciudadanos extranjeros que se hallen en España y hayan tenido relaciones laborales durante un mínimo de seis meses. Los ciudadanos que soliciten esta residencia han de haber permanecido con carácter continuado en España durante un periodo mínimo de dos años y tienen que demostrar las relaciones laborales.

En el caso del arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo

16 Artículo 45.1 del RLOEX: "De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante".

17 ANA PALOMA ABARCA JUNCO, MIGUEL GÓMEZ JENE, MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, ELISA PÉREZ-VERA y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *óp. cit.*, p. 311.

mínimo de tres años, tengan vínculos familiares con otros extranjeros residentes o bien estén integrados socialmente. Asimismo, deberán de contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año.

Para el caso de arraigo familiar, la autorización se concederá a los progenitores de un menor de nacionalidad española, siempre que el menor esté al cargo del progenitor y conviva con este, o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto de este. También se concederá esta autorización cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

En el supuesto de hecho analizado, sin embargo, al tener el demandante antecedente penales no se podía beneficiar de ninguna de estas tres formas de arraigo.

A estas tres situaciones excepcionales por arraigo hay que añadir una cuarta. Como ya indicamos, la disposición adicional primera punto 4 del RLOEX establece que cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia puede ocurrir que, de manera individual, un ciudadano extranjero solicite al secretario de Estado de Inmigración y Emigración una autorización individual de residencia temporal por circunstancias excepcionales no previstas en ninguna norma. Esta última circunstancia es la situación en la que se encontraba el Sr Rendón Marín.

2.3.3.2. Concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales

La tramitación del procedimiento de concesión y renovación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales está desarrollada en los artículos 128 RLOEX y siguientes.

En el párrafo 3 del mismo artículo se establece que el órgano competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida y, si estuviera incompleta, formulará al solicitante el oportuno requerimiento a fin de que se subsanen los defectos observados en el plazo que se señale en la notificación, que no podrá ser superior a un mes, advirtiéndole de que de no subsanarse los mismos en el indicado plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución. Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener una entrevista personal, tal y como se desprende del párrafo 4 del artículo 128 RLOEX. En el caso de que exista la entrevista, esta deberá llevarse a cabo con la presencia de dos representantes de la Administración e intérprete, en el caso de que sea necesario. Posteriormente quedará constancia mediante un acta firmada por los presentes y se le entregará copia al interesado.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de otras circunstancias en que se

ha basado la solicitud, se recomendará la denegación de la autorización y se remitirá copia del acta al órgano competente para resolver.

3. PRIMER PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Atendiendo al marco jurídico expuesto, el Sr. Rendón Marín, ciudadano colombiano en situación irregular y padre de dos menores ciudadanos de la Unión Europea, como consecuencia de no reunir los requisitos exigidos por la normativa para la adquisición de la residencia temporal por circunstancias habituales, ya que tenía antecedentes penales, recurrió a la única opción que le era viable. Solicitó la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales ante el director general de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

El demandante manifestó ser ascendiente de un menor de edad de nacionalidad española, tener una oferta de trabajo y llevar más de tres años residiendo en España. La autorización de residencia temporal fue denegada por la Administración alegando que ser ascendiente de un menor de edad de nacionalidad española no era suficiente, "por sí mismo", para dar por acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales, a falta de otras que permitieran otorgar dicha autorización. Además, la Administración también desestimó la autorización por la existencia de antecedentes penales en España. La Administración aplicó lo dispuesto en el artículo 31.5 LOEX: "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". Como se ha indicado, la normativa española en materia de extranjería prevé la posibilidad de otorgar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, pero subordina la concesión a la carencia de antecedentes penales. Sin embargo, la norma española no contempla ninguna excepción a esta exigencia por lo que se prohíbe otorgar la residencia de forma incondicional a quienes tengan antecedentes penales.

Como ya se expuso, ante la denegación de la residencia temporal en España, el demandante interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional. El Sr. Rendón Marín presentó las siguientes alegaciones: primero, que el artículo 31.3 LOEX determina que la Administración puede conceder autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales; y segundo, que él era ascendiente de un menor de nacionalidad española y del que ostentaba la patria potestad, e invocó que ser ascendiente de un español era circunstancia suficiente, tal y como se desprendía del artículo 49.2 del RD 864/2001^[18]. Igualmente señaló

18 Artículo 49.2 Reglamento 864/2001: "Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento,

que existían vínculos familiares, sociales y económicos, así como arraigo en territorio español.

La Audiencia Nacional analizó si era correcta la denegación de conformidad con el derecho nacional. El tribunal señaló que el marco normativo de aplicación a los hechos puestos de manifiesto venía constituido por la LOEX, en cuyo artículo 31.5 se establecía que para autorizar la residencia temporal de un extranjero sería preciso que careciera de antecedente penales en España o en sus países anteriores de su residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Sin embargo, el demandante tenía antecedentes penales en Colombia, aunque estos no habían sido requeridos por autoridad judicial o policial, y además tenía antecedentes penales en España por violencia doméstica y lesiones, aunque la condena había sido suspendida. En atención a todo ello, desestimó el recurso y confirmó la denegación solicitada.

4. LA INTERPOSICIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Frente a la sentencia de la Audiencia Nacional se presentó ante el Tribunal Supremo un recurso de casación. El Tribunal Supremo detectó la siguiente circunstancia: si la legislación nacional impide la concesión de la autorización de residencia por cuestiones excepcionales por antecedentes penales, esto podría vulnerar el derecho de ciudadanía europea. Es decir, aun cuando las decisiones, tanto de la Administración como de la Audiencia Nacional, eran conforme a derecho porque se aplicaba la normativa española, suscitaban dudas de si el ordenamiento español era conforme al derecho de la Unión. En atención a ello, y como indicamos más atrás, el Tribunal Supremo solicitó al TJUE que se pronunciara sobre la siguiente cuestión prejudicial: ¿es compatible con el artículo 20 del TFUE una legislación nacional que excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la Unión Europea, menor de edad y dependiente de aquel, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello conlleve aparejada la salida forzosa del territorio de la Unión del menor al tener que acompañar el progenitor?

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial mediante Sentencia del 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14, lo que supuso la adaptación de la sentencia *Ruiz Zambrano* a un caso español.

La sentencia del TJUE trató dos cuestiones. La primera de ellas fue en qué medida el nacional de un tercer Estado, en este caso padre de dos menores

siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos: [...]. f) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas”.

ciudadanos de la Unión, uno de nacionalidad española y otra de nacionalidad polaca, puede beneficiarse de lo regulado en la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo del 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, ya que como ciudadano de un tercer Estado no es beneficiario directo de esta normativa, porque no es nacional de un Estado miembro. La segunda cuestión fue conocer el alcance del reconocimiento de este derecho derivado, derecho vinculado al derecho de residir y circular libremente de sus hijos, ciudadanos de la Unión.

En relación a la primera cuestión, el TJUE afirmó 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 este 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 de un menor implica necesariamente que este 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 este¹⁹.

Del mismo modo reconoció, en el apartado 52 de la sentencia, que

el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38^[20] 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 acogida²¹.

De esta forma, el TJUE se opuso a que se le deniegue al recurrente un derecho de residencia derivado, un derecho vinculado a los derechos de residencia de los menores en el territorio de dicho Estado miembro. El TJUE también señaló 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

19 En este sentido, el TJUE remitió a sentencias como la del 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, ap. 45; y la del 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, as. C-86/12, ap. 28.

20 Artículo 7 de la Directiva 2004/38: "Derecho de residencia por más de tres meses: "1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses 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".

21 De acuerdo con ello, el TJUE aludió a sentencias como la del 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, aps. 46 y 47, y la de, 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, as. C-86/12, ap. 29.

el ciudadano de la Unión, ya que no reconocerlo podría suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión²².

El TJUE declaró, tal y como se recoge en el apartado 74 de la decisión judicial, que debe reconocerse

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 a abandonar el territorio de la Unión, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos en el estatuto de ciudadano de la Unión²³.

Finalmente, el TJUE insistió, apartado 78, en que

la denegación de la residencia al padre, nacional de un tercer Estado, que tiene la guarda exclusiva de los menores, podría suponer al interesado abandonar el territorio de la Unión y ello podría ocasionar una restricción del estatuto de ciudadanía, en particular del derecho de residencia, a los menores que podrían verse obligados a acompañar al padre y por lo tanto abandonar el territorio de la Unión²⁴.

La sentencia estableció que las disposiciones que regulan el derecho de residencia permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro. Por lo tanto, las disposiciones que regulan este derecho de residencia deben de interpretarse en el sentido de que se oponen, en principio, a que se deniegue al demandante un derecho de residencia derivado en el territorio de dicho Estado miembro.

La segunda cuestión es analizar el alcance de este derecho, es decir, determinar si puede ser limitado con una normativa nacional, y la incidencia que puedan tener los antecedentes penales en la aplicación de esta. ¿Qué dice al respecto la normativa de la Unión Europea? Son los considerandos 23 y 24 de la Directiva 2004/38 los que establecen límites al alcance de las medidas

22 STJUE del 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14, ap. 73, que se remite a las sentencias del 8 de noviembre de 2012, *Iasa*, as. C-40/11, aps. 67 y 68 y a la del 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y otros*, as. C-87/12, ap. 35.

23 El TJUE aludió a las sentencias del 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, as. C 256/11, ap. 67, a la del 8 de noviembre de 2012, *Iasa*, as. C-40/11, ap. 71, a la del 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y otros*, as. C-87/12, ap. 36, y a la del 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, as, C-86/12, ap. 32.

24 En consecuencia, el TJUE remitió a las sentencias del 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, as. C 256/11, ap. 67, a la del 8 de noviembre de 2012, *Iasa*, as. C-40/11, ap. 71, a la del 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y otros*, as. C-87/12, ap. 36, y la del 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, as. C-86/12, ap. 32.

de expulsión de los ciudadanos de la Unión y a sus familiares²⁵. Estos vienen dados por el principio de proporcionalidad y por el grado de integración en el Estado de acogida. La Directiva prevé medidas de protección frente a la expulsión, ya que esta tiene un carácter excepcional y solo puede proceder en los casos tasados. Sin embargo, en el régimen general de la LOEX, la expulsión del extranjero tiene un papel destacado.

Las limitaciones a la expulsión están configuradas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, tal y como se recogen en el artículo 27.1 de la Directiva 2004/38 y deben de interpretarse como una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de sus familias. El TJUE estableció que tiene que hacerse una interpretación estricta de esta limitación, cuyo alcance no puede venir determinado unilateralmente por los Estados miembros. La misma Directiva, en el artículo 27.2, establece que las medidas para limitar este derecho deben de ajustarse a los principios de proporcionalidad y basarse de forma exclusiva en la conducta personal del interesado. A la vez que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, una razón para adoptar la expulsión. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

La normativa europea, en el artículo 28 de la Directiva 2004/38, identifica los criterios que deben de considerarse antes de adoptar la decisión de expulsión. Entre ellos, tendrán que tenerse en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, edad, estado de salud, situación familiar y económica, integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Asimismo, el

25 Considerando 23 Directiva 2004/38: "La expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Conviene por lo tanto limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen". Considerando 24 Directiva 2004/38: "En consecuencia, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida. Además, este tipo de circunstancias excepcionales deberían también tenerse en cuenta a la hora de adoptar una medida de expulsión contra menores, a fin de salvaguardar sus relaciones familiares de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989".

Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. Y finalmente, la norma recoge, en el punto 3 del mismo artículo, que en ningún caso, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública, se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión cuando este haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

El TJUE reconoció, en la sentencia *Rendón Marín*, que era necesario hacer la evaluación personal de la conducta del demandante y determinar el peligro que representaba para el orden público o la seguridad penal. Conforme al apartado 86 de la sentencia,

Debe tomar en consideración, en particular, la conducta personal del individuo de que se trate, la duración y la legalidad de la residencia del interesado en territorio del Estado miembro en cuestión, la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida, el grado de peligrosidad actual del interesado para la sociedad, la edad de los niños de que se trate y su estado de salud, así como su situación familiar y económica.

Sin embargo, la normativa española denegaba la autorización por motivos excepcionales de manera automática por el simple hecho de tener antecedentes penales, y sin valorar la conducta personal o el peligro actual que pudiera representar, tal y como se establece en la normativa europea. En consecuencia, el TJUE remarcó en el mismo apartado de la sentencia que la condena penal anterior (el demandante fue condenado en 2005) no podía, por sí sola, motivar una denegación de la autorización de residencia, "la existencia de condenas penales anteriores no constituye por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público u seguridad pública". Es decir, la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Este requisito relativo a la existencia de una amenaza actual debe cumplirse, en principio, en el momento en que se adopte la medida de que se trate. Esto no ocurría en el momento de la toma de decisión por parte del tribunal, ya que el Sr. Rendón Marín fue condenado, pero esta condena fue suspendida y no fue ejecutada. En consecuencia, no se podía aplicar el artículo 31.5 de la LOEX.

5. LA INAPLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL ACORDADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 10 DE ENERO DE 2017

El Tribunal Supremo asumió íntegramente y aplicó la interpretación hecha por el TJUE. Como hemos indicado, el órgano europeo interpretó que el artículo 21 del TFUE y la Directiva 2004/38 deben de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia de un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión y nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida 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 tenga antecedentes penales.

Además, el TJUE consideró que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a esa misma 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 se tiene guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos a abandonar el territorio de la Unión Europea.

La justicia europea indicó que el recurrente no era, en principio, destinatario de las normas de la Unión, por no ser ciudadano de un Estado miembro. Aunque la decisión del TJUE reconoció, en el apartado 75 de la sentencia *Rendón Marín*, que con el objeto de garantizar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión existen "situaciones que están sin embargo intrínsecamente relacionadas con la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside ese ciudadano, para no menoscabar tal libertad".

Atendiendo a esta interpretación, el Tribunal Supremo consideró que no se ajustaba al derecho de la Unión Europea la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se denegó la autorización de residencia temporal por circunstancias excepciones a un ciudadano de un tercer Estado con antecedentes penales. Recordemos que, inicialmente, la Administración entendió que, conforme al derecho nacional, las normas aplicadas a los hechos explicados anteriormente suponían la denegación de autorización de la residencia por circunstancias excepcionales ya que el demandante tenía antecedentes penales. Posteriormente la Audiencia Nacional también entendió que no se podía conceder la autorización de la residencia por circunstancias excepcionales porque el demandante tenía antecedentes penales. Sin embargo, el Tribunal Supremo interpretó de manera diferente los hechos a la luz de la respuesta ofrecida por el TJUE a la cuestión prejudicial que se le planteó.

Es importante señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no supuso ni la derogación ni la declaración de nulidad de la norma española. Esto es, el artículo 31.5 LOEX, en virtud del cual se había denegado la residencia temporal solicitada por el Sr. Rendón Marín, seguía estando plenamente en vigor en el ordenamiento jurídico español, del que no había sido expulsada. Ante esta situación, cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando hay una contradicción entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea? La primera consecuencia del principio de primacía del derecho de la Unión es que debe intentarse realizar una interpretación del derecho nacional conforme al derecho de la UE, pero si esto no es posible hay que inaplicar la norma contraria al derecho de la Unión. En el asunto *Marleasing*²⁶, el TJUE extendía la obligación de la interpretación conforme al derecho nacional preexistente:

al aplicar el derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (actual 249).

Esto, tal y como se desprende del párrafo 8 de la sentencia. El TJUE exigió la interpretación del derecho nacional conforme al derecho comunitario.

En el asunto *Rendón Marín*, la interpretación conforme al derecho de la Unión era imposible porque la norma nacional era clara y terminante, y no daba pie a que pudieran realizarse varias interpretaciones y a que alguna de las ellas fuera compatible con el derecho de la Unión. La norma española era muy clara: "Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia" (artículo 31.5 LOEX).

Ante esta situación, el Tribunal Supremo, con su sentencia del 10 de enero de 2107 decidió, sencillamente, inaplicar este precepto, en tanto que el mismo "impedía en su interpretación literal otorgar una autorización de residencia a un progenitor de un tercer Estado, a cuyo cargo se encontraban dos menores de edad ciudadanos de la UE"²⁷. El fundamento de la decisión del Tribunal Supremo de inaplicar este artículo se encuentra en el principio que reconoce la primacía del derecho de la UE. Es decir, el derecho de la UE tiene un valor superior al derecho de los Estados miembros. Este principio es válido para todos los actos del derecho de la UE que tengan un carácter obligatorio. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden aplicar una norma nacional contraria

26 Sentencia del TJUE del 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, as. C-106-89.

27 ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO, "Autorizaciones de residencia por razones excepcionales. Derecho a residir de carácter derivado al progenitor de un tercer Estado", *Revista Actualidad Administrativa*, Madrid: Wolters Kluwer, 2017, p. 69.

al derecho de la UE. Este es un principio fundamental del derecho europeo y ha sido consagrado por el TJUE en su jurisprudencia. Las sentencias más significativas han sido el asunto *Costa c. ENEL* y la posterior *Simmenthal*²⁸.

En el año 1964, el TJUE consagró el principio de primacía del derecho de la Unión en la sentencia *Costa c. ENEL*. En esta sentencia, el Tribunal declaró que el derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el derecho europeo tiene primacía sobre los derechos nacionales. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. El derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido. Con posterioridad, el TJUE ha manifestado en innumerables y constantes sentencias que "un Estado miembro no puede excusarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su orden interno para justificar el no respeto de las obligaciones"²⁹. El derecho de la UE tiene "primacía sobre el derecho nacional y, por lo tanto, toda disposición contraria de derecho interno le es, por este hecho, inaplicable"³⁰.

La firmeza de la jurisprudencia en materia de primacía del derecho de la UE tuvo un nuevo desarrollo con la sentencia *Simmenthal*. La fundamental consecuencia práctica fue que se debe excluir la aplicación de la norma interna posterior incompatible al derecho de la Unión. Por lo tanto, si se adopta una norma nacional incompatible con una norma de la Unión, el juez tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho de la Unión y de proteger los derechos que este confiere a los particulares, según se recogió en el apartado 22 de esta sentencia. El TJUE añadió además que había que dejar sin aplicación, si fuera necesario, toda disposición contraria a la ley nacional ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión "sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"³¹. La inaplicación es "una suerte de sanción mínima contra esa norma interna"³². Con posterioridad, en la sentencia *Costanzo*³³, el TJUE aclaró que la obligación de excluir la aplicación de una norma interna incompatible con una norma de la Unión atañe tanto a los jueces como a todos los poderes públicos, incluyendo a la propia Administración pública.

28 Sentencia del TJUE del 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, as.26/62. Sentencia del TJUE del 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, as. 6/64. Sentencia del TJUE del 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, as.106/77.

29 ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO LIÑÁN NOGUERAS, *óp. cit.*, p.435.

30 Sentencia del TJUE del 4 de abril de 1974, *Comisión c. Francia*, as.167/73, p.35.

31 Sentencia del TJUE del 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, as.106/77, ap. 21-24.

32 ARACELI MANGAS MARTÍN y DIEGO LIÑÁN NOGUERAS, *óp. cit.*, p.438.

33 Sentencia del TJUE del 22 de junio de 1989, *Costanzo*, as. 103/88.

Por su parte el Tribunal Constitucional español ha señalado que el juez nacional no puede derogar ni declarar inconstitucional la norma interna española incompatible con el derecho de la Unión, ya que esta facultad corresponde a los órganos constitucionales competentes. Por lo tanto, los jueces ordinarios españoles deben entender que las leyes u otras normas de rango inferior contrarias al derecho de la UE son inconstitucionales por incompetencia, no debiendo plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC como condición para no aplicarlas³⁴. La solución inmediata es la exclusión de la norma interna como norma aplicable y, llegado el caso, la selección de la norma de la Unión como norma que en sustitución resuelve el litigio.

Todo ello avalaba la inaplicación del artículo 31.5 de la LOEX decidida por el Tribunal Supremo en el asunto enjuiciado.

CONCLUSIÓN

El TJUE ha llevado a cabo, una vez más, una interpretación extensiva del derecho a circular y residir libremente en los países de la UE, tanto para los ciudadanos europeos como para sus familiares, independientemente de su nacionalidad. La sentencia *Rendón Marín* ha supuesto el desarrollo, por primera vez en España, de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano* al establecer que el derecho de residencia a favor de un nacional de un tercer Estado está vinculado a los derechos de circulación y residencia de un nacional de la Unión. Además, el efecto que esta sentencia ha tenido sobre el ordenamiento jurídico español ha sido inaplicar el artículo 31.4 de la LOEX que prohíbe la residencia de forma incondicional a quienes tengan antecedentes penales.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, ANA PALOMA Y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. "El Estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 23, Madrid: Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2012.

ABARCA JUNCO, ANA PALOMA, BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA, JUAN MANUEL LACRUZ LÓPEZ, ISIDORO MARTÍN DÉGANO Y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. *Inmigración y extranjería, régimen jurídico*, Madrid: Colex, 2011.

34 JOAQUÍN ALCAIDE FERNÁNDEZ, RAFAEL CASADO RAIGÓN, MARY CRUZ ARCOS VARGAS, MIGUEL GARCÍA GARCÍA-REVILLO, MANUEL HINOJO ROJAS, MAGDALENA Mª MARTÍN MARTÍNEZ, ANA SALINAS DE FRÍAS y EVA Mª VÁZQUEZ GÓMEZ, *Curso de derecho de la unión europea*, Madrid: Tecnos, 2016, p. 265.

- ABARCA JUNCO, ANA PALOMA, MIGUEL GÓMEZ JENE, MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, ELISA PÉREZ-VERA Y MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. *Derecho internacional privado*, Madrid: UNED, 2016.
- ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA, BLANCA VILÁ COSTA y ANDREU OLESTI RAYO. *Lecciones de derecho comunitario*, Barcelona: Ariel Derecho, 2011.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, RAFAEL CASADO RAIGÓN, MARY CRUZ ARCOS VARGAS, MIGUEL GARCÍA GARCÍA-REVILO, MANUEL HINOJO ROJAS, MAGDALENA M^a MARTÍN MARTÍNEZ, ANA SALINAS DE FRÍAS Y EVA M^a VÁZQUEZ GÓMEZ. *Curso de derecho de la unión europea*, Madrid: Tecnos, 2016.
- CARMONA LUQUE, MARÍA DEL ROSARIO. "El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- CORTÉS MARTÍN, JOSÉ MANUEL. "Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2011.
- CRESPO NAVARRO, ELENA. "La Jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión: La interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- CRUZ LUNA, ÁNGELA. "Ciudadanía de la Unión y nacionalidad: la incidencia del derecho de la Unión en las competencias sobre la nacionalidad de los Estados miembros", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2018.
- FERNÁNDEZ MORENO, ENRIQUE (dir.), GUILLERMO PAOLA MORENO, ROSARIO ESPINOSA CALABUIG, ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ, ROSA LAPIEDRA ALCEMI, ISABEL REIG FABADO, CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS Y MANUEL DE LORENZO SEGRELLES. *Nacionalidad y extranjería*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- GAROT, MARIE JOSE. "La ciudadanía de la Unión Europea: novedades desde Lisboa y Luxemburgo". *Rev. Direito GV*, vol. 8, n.º 2, São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, 2012.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN. "La ciudadanía europea: ¿un sueño al alcance de la mano?", *Autonomías*, n.º 29, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2003.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, SARA. "El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, Madrid: Iustel, 2011.

- JUÁREZ PÉREZ, PILAR. "La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (Ruiz Zambrano)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, Madrid: Universidad Carlos III, 2011.
- LENAERTS, KOEN Y JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONS. "Ruiz Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación", *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 40, Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, MARIANO BACIGALUPO SAGGESE Y JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR. *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid: UNED - Colex Editorial, 2012.
- MANGAS MARTÍN, ARACELI Y DIEGO LIÑÁN NOGUERAS. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2016.
- SÁNCHEZ TRGUEROS, CARMEN Y BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS. "Retorno voluntario de inmigrantes", *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, n.º 23, Huelva: Universidad de Huelva, 2010.
- SANGÜESA CABEZUDO, ANA MARÍA. "Autorizaciones de residencia por razones excepcionales. Derecho a residir de carácter derivado al progenitor de un tercer Estado", *Revista Actualidad Administrativa*, n.º 7-8. Madrid: Wolters Kluwer, 2017.
- VAN ELIJKEN, HANNEKE Y SYBE VRIESDE. "A new route into the promised land? Being a European citizen after Ruiz Zambrano", *European Law Review*, n.º 5, Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, as. C-165/14.
- Sentencia del Tribunal Supremo de España del 10 de enero de 2017.