

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Almería

Ctra. de Ronda nº 120, 04006, Almería. Tfno.: 950809047, Fax: 950204116.

N.I.G.: 0401345320210001336.

Procedimiento: Procedimiento Abreviado 353/2021. Negociado: 3D

Actuación recurrida: (Organismo: EXCELENTISIMO SR. SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN ALMERIA)

De: [REDACTED]

Procurador/a: MARIA ALICIA TAPIA APARICIO

Letrado/a:

Contra: SUBDELEGACION DE GOBIERNO DE ALMERIA

Procurador/a:

Letrado/a: ABOGACIA DEL ESTADO DE ALMERIA

SENTENCIA Nº 367/22

En Almería, a 13 de diciembre de dos mil veintidós.

Vistos por mí, Dña. Ana Fariñas Gómez, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Almería y su partido, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos en este Juzgado bajo el número 353/21, a instancia de D. [REDACTED], representado por la Procuradora Dña. Alicia de Tapia Aparicio y asistido por la Letrada Dña. Inmaculada Cruz Guillén, contra la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALMERÍA, representada y asistida por la Letrada Dña. Elisa Martínez Martínez, en materia de extranjería

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. Alicia de Tapia Aparicio, actuando en nombre y representación de D. [REDACTED] se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue turnado a este Juzgado y en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictara Sentencia conforme al suplico del mismo.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se convocó a las partes a la preceptiva vista en fecha de 12 de diciembre de 2022, vista que fue recogida en medio apto para su grabación y reproducción, y en la que la parte actora se ratificó en su escrito de demanda, procediendo posteriormente la Administración demandada a contestar a la misma.



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/6



Con relación a las pruebas, ambas partes solicitaron la reproducción del expediente administrativo y la prueba documental, pruebas que fueron admitidas, y tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos pendientes de la presente resolución.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado todos los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Almería en fecha de 2 de julio de 2021 que deniega al recurrente la autorización de residencia por circunstancias excepcionales instada sobre la base de tener antecedentes penales.

Considera el recurrente que esta resolución no es ajustada a derecho, pues la carencia de antecedentes penales no es exigible en este tipo de autorizaciones, donde ha de prevalecer además la protección de la familia, siendo así que el recurrente es padre de una menor de nacionalidad española.

SEGUNDO.- El art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que: "*La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado*".

El art. 31.5 de la referida Ley Orgánica 4/2000, dispone que: "*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*".

Por su parte, el art. 124.2 del 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece: "*Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos: (...)*

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.*

b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/6



originariamente españoles”.

Con relación a la valoración de los antecedentes penales en aquellos supuestos en lo que se solicita una autorización de residencia por arraigo familiar, como aquí sucede, la STSJ Andalucía (Gra), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 julio 2014, razona lo siguiente «en los supuestos contemplados en los apartados 1 (arraigo laboral) y 2 (arraigo social) del mismo precepto, se exige que el solicitante «carezca 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», a diferencia del arraigo familiar que nada dice al respecto. Con esta dicción parece haber sido clara la intención de excluir la exigencia de carencia de antecedentes penales para el supuesto de arraigo familiar, en que precisamente lo prioritario es el vínculo familiar estrecho regulado en el precepto, que daría la preeminencia de la unidad familiar (ya protegida en el art. 39 CE) sobre la posible existencia de causa que denegare el permiso, como la concurrencia de antecedentes penales. En este sentido la sentencia de 14-2-12 dictada por el TSJ de Canarias ya estableció:

"Se trata de una regularización por arraigo familiar de padre o madre extranjero de un menor de nacionalidad española. El examen que realiza la sentencia sobre su situación de inexpulsable «abunda» en su conclusión de que no es exigible en este caso la carencia de antecedentes penales.

Es cierto que el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, exige para autorizar la residencia temporal de un extranjero que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia. Pero la situación excepcional que regula el artículo 124.3-a) del Reglamento, que no contempla este requisito, es del todo punto coherente con la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular la de los menores, artículo 39 del capítulo III del Título I, de la Constitución Española. Así como con la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que en su artículo 9 dispone que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Y artículo 10 que obliga a los Estados Partes a facilitar la reunión de la familia y a respetar el derecho del niño a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con sus padres. Con el artículo 11.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y artículos 110, 143, 154, entre otros, del Código Civil. Así como con el principio de «protección del interés superior del menor», presente en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 35, 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, 54, 139, 146, 185, 192, 194 y 215 del Reglamento de 2011). Esta regulación excepcional que no exige



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/6



la carencia de antecedentes penales, por tanto, no se advierte contraria a lo que la Ley dispone con carácter general".

En similar sentido se expresa la sentencia dictada por el TSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 febrero 2016, que señala que «así, de acuerdo con la Ley Orgánica de extranjería, en su redacción vigente en la fecha de los hechos, y de acuerdo con el artículo 124.3 Real Decreto 557/2011, en casos como el del recurrente, y para el caso especial del arraigo familiar cuando se trate del padre o madre de un menor de nacionalidad española, sólo se exige que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paterno filiales respecto al mismo. Valorando la prueba que obra en el proceso, se concluye que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 124.3 del Reglamento, que no exige carecer de antecedentes penales, por lo que el recurso de apelación debe ser desestimado y confirmada la Sentencia apelada».

Por otro lado, la STJCE de 10 de Julio de 2008, en el asunto C-33/2007, se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara:«[23] la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad [24]. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general».

Asimismo, para la resolución de la cuestión controvertida es preciso citar la STS de 9 de octubre de 2019 (rec. 7077/2018), que señala que: "Determinar que -con interpretación de los artículos 31.5 de la LO 4/2000, artículo 124.3 de su Reglamento (aprobado por Real Decreto 557/2011), 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-165/141-, no procede la aplicación automática de la previsión del art. 35.1 LOEX [entendemos que se refiere al artículo 31.5] (inexistencia de antecedentes penales) en las solicitudes de autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, cuando el hijo menor de edad, del que



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	4/6



deriva el derecho del progenitor, es ciudadano de la UE (al margen de que ostente -o no- su guarda), siempre que el padre conviva con el menor y esté a su cargo, o, en su defecto, esté al corriente de sus obligaciones paternofiliales, salvo que, por la naturaleza del/los delito/s, y previa su valoración ponderada de razón de las concretas circunstancias que concurran, quepa razonadamente concluir que constituyen una excepción relacionada con el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad jurídica, lo que permitirá la denegación de dicha autorización".

TERCERO.- Pues bien, en el supuesto aquí examinado, y según resulta del documento 8 del expediente administrativo, al recurrente le constan antecedentes penales por un delito contra la salud pública, habiendo sido condenado a una pena de 3 años y 6 meses de prisión en virtud de Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería en fecha de 30 de mayo de 2016 en el seno de los autos de Procedimiento Abreviado número 27/15. Pero si bien es cierta la existencia de estos antecedentes, no lo es menos que, como resulta de los documentos número 20 y 21 acompañados a su escrito de demanda, dicha pena se encuentra suspendida al haberse sometido el recurrente de forma voluntaria a tratamiento de deshabitación. Asimismo, debe ponerse de relieve que el recurrente es padre de una menor de nacionalidad española, con la que convive, como resulta del documento número 2 del escrito de demanda, conviviendo además con la hija menor de edad de su pareja. Pero es más, el recurrente ostenta la guarda legal de ambas menores, junto a la madre, como resulta de los documentos número 4 y 5 acompañados a la demanda, contando además con un notable arraigo familiar, pues aquí reside también su padre; pero además, se encuentra plenamente integrado en la sociedad española, como lo demuestra el hecho de que, como resulta de la documental acompañada al escrito de demanda y la aportada en la vista, pertenece desde hace tiempo a un club de baloncesto y ha superado con éxito sus estudios en España, hasta el punto de que ha obtenido recientemente una oferta de empleo. En consecuencia, el presente recurso debe ser estimado, por no resultar la resolución impugnada ajustada a derecho.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el art. 139 LJCA, las costas han de imponerse a la administración demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. Alicia de Tapia Aparicio, en nombre y representación de [REDACTED], frente a la resolución dictada por la



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	5/6



SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN ALMERÍA en fecha de 2 de julio de 2021, revocando la misma por no ser conforme a derecho, y condenando a la administración a conceder al recurrente la autorización solicitada; todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma NO es FIRME, y que, por tanto, podrán interponer contra la misma RECURSO DE APELACIÓN, ante este mismo Juzgado, en el plazo de los QUINCE DÍAS siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: La anterior Sentencia ha sido dada, leída y publicada en el día de la fecha por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Código:	OSEQRZ2G3LP5ETY3N53T38QSKMTDJQ	Fecha	13/12/2022
Firmado Por	ANA FARIÑAS GOMEZ VERONICA PIA GOMEZ SUAREZ		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	6/6

