

# Permiso de residencia y antecedentes penales de extranjeros

Comentario a la STS de 5 de julio de 2018<sup>1</sup>

**Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma**

*Magistrado*

*Letrado del Consejo General del Poder Judicial*

*(Jefe de la Sección de Recursos)*

---

## EXTRACTO

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre una cuestión que reviste un indudable interés casacional, introduciendo una novedosa doctrina que viene a contradecir la mantenida hasta ahora por numerosos Tribunales Superiores de Justicia. Nos estamos refiriendo a la incidencia que sobre una solicitud de autorización de residencia de larga duración presentada por un ciudadano extranjero tiene el que este tenga antecedentes penales no cancelados. De una manera rotunda el Alto Tribunal, tras analizar la normativa interna y comunitaria, concluye que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración, poniendo de esta manera punto y final a aquella doctrina en virtud de la cual la concurrencia de tales antecedentes penales era un elemento a valorar en atención a la gravedad del delito, el tiempo transcurrido, la situación familiar y el arraigo del ciudadano extranjero, y que no debía suponer sin más la denegación de la concesión de tal tipología de permiso de residencia.

**Palabras clave:** extranjería; permiso de residencia; residencia de larga duración; antecedentes penales; normativa comunitaria.

---

*Fecha de entrada: 07-09-2018 / Fecha de aceptación: 21-09-2018*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 1 al 15 de septiembre de 2018).

Va a ser objeto del presente comentario una interesante sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por la que se viene a modificar de manera rotunda la doctrina que los distintos Tribunales Superiores de Justicia venían manteniendo acerca de la incidencia que la tenencia de antecedentes penales tenía sobre la concesión de los permisos de larga duración solicitados por los extranjeros residentes con carácter temporal en España.

Con carácter previo a entrar en el análisis pormenorizado de la sentencia, hemos de agradecer a la profunda reforma que sobre la casación contencioso-administrativa operó la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la LOPJ y la LRJCA, y que ha permitido que asuntos de naturaleza relevante tuviesen acceso al Tribunal Supremo a fin de que este pueda cumplir la función institucional que tiene encomendada. En asuntos como el de extranjería, por regla general, el Tribunal Supremo carecía hasta la citada reforma de la posibilidad de pronunciarse sobre los temas más controvertidos toda vez que las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia no eran susceptibles de ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, en el caso que aquí nos ocupa nos encontramos ante un ciudadano extranjero que solicitó en el año 2014 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona la concesión de una autorización de residencia de larga duración, petición que fue denegada, por la concurrencia de antecedentes penales en la persona del solicitante, al haber sido condenado a la pena de seis meses de trabajos en beneficio de la comunidad, por la comisión de un delito de robo con fuerza, en grado de tentativa. Disconforme con tal denegación el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo que dio como resultado que por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona se dictase, con fecha 4 de mayo de 2015, sentencia estimando el recurso.

Las razones que avalaron tal decisión las encontramos en la valoración que el juez efectúa de tal antecedente penal, afirmándose que por sí mismo no se erige en un elemento impeditivo en las autorizaciones de residencia de larga duración, y atendida la incidencia que sobre el orden público y la seguridad pública pueda tener el delito cometido, dada su naturaleza y pena impuesta, el cual no aparece que revista entidad suficiente para obstar a la valoración de las demás circunstancias concurrentes en el interesado.

Estas circunstancias no hacen sino abundar en la concesión del permiso solicitado pues la duración de la estancia en el país y la situación de arraigo familiar de aquel, al convivir con su esposa e hijo menor residentes legales, permiten llegar a la creencia de que el antecedente penal relatado no constituye una amenaza suficientemente grave que justifique la denegación de la autorización de residencia de larga duración, máxime si se toma en consideración su carácter puntual, que se trata de un delito menos grave, el cumplimiento de la pena y la valoración del arraigo familiar del extranjero y su larga estancia en el país.

El abogado del Estado interpone recurso de apelación que es desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al considerar que el juzgador de instancia ha efectuado una correcta aplicación de la normativa de aplicación. Así, se cita el artículo 32 de la LOEX, cuya válida interpretación conduce a afirmar que los antecedentes penales suponen un requisito obstativo respecto la autorización de residencia inicial y como un dato a valorar en el caso de su renovación, valoración que debe hacerse considerando la existencia de indulto o en su caso las situaciones de remisión condicional de la pena o suspensión de la pena privativa de libertad.

Tal tesis viene reafirmada por lo establecido por las condiciones que para la concesión de tales permisos de residencia de larga duración establece el artículo 149 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la LOEX, que al regular el procedimiento de la autorización de larga duración dispone en su apartado 2 c) que con la solicitud deberá acompañarse, entre otros documentos y en su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, a fin de proceder a su correcta valoración por parte de la Administración.

Afirmar que hasta la fecha la doctrina expuesta era la unánimemente aceptada tanto por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo como por los Tribunales Superiores de Justicia, de manera que al abogado del Estado la nueva casación le brindaba la oportunidad de hacer recaer en el Tribunal Supremo la última palabra sobre la materia, atendido el evidente interés casacional de la misma. En este sentido, y teniendo muy presente lo establecido en el artículo 88 de la LRJCA, el abogado del Estado fundamenta la concurrencia de dicho interés casacional en diversas circunstancias, tales como que la resolución que se impugna sienta una doctrina sobre las normas de Derecho estatal y de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo, que puede ser gravemente dañoso para los intereses generales, resultan afectados un gran número de situaciones y la sentencia fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, en las que se fundamenta el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

En síntesis, afirma la representación letrada de la Administración que por parte de los órganos de instancia y de apelación se han infringido los artículos 32 de la LOEX y 149.2 del Real Decreto 557/2011, al considerar que la existencia de unos antecedentes penales por la comisión de un delito de robo con fuerza, en grado de tentativa, ha de llevar indefectiblemente a la denegación de una solicitud de autorización de residencia de larga duración.

Por exigencia de la LRJCA, con la finalidad de centrar en sus estrictos límites el debate jurídico suscitado, el Alto Tribunal determina que la cuestión a resolver es la siguiente: «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 larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización».

Dicho de otro modo, se trata de discernir, a fin de conceder un estatuto de permanencia, si podía denegarse este por contar el extranjero con cualquier antecedente penal o sí, por el contrario, es preciso valorar tales antecedentes (primero, por la Administración, y luego, por la justicia si se impugnaba la denegación), pero con consecuencias negativas solo en caso de que encerrasen amenazas graves para el orden público. A fin de «cubrirse la espalda», el abogado del Estado deduce una serie de pretensiones subsidiarias, aludiendo a la aplicación de la normativa comunitaria (art. 6 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo), lo que implica que es el órgano administrativo el que, en todo caso, debe efectuar la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, de manera que si la misma no se ha llevado a cabo, el órgano jurisdiccional ha de abstenerse de efectuarla, retro trayendo actuaciones para que aquel se pronuncie al respecto.

Asimismo, solicita de la sala que se pronuncie acerca del alcance de tal valoración, es decir, si ha de ceñirse o no al contenido de la propia condena penal que conste en los antecedentes no cancelados, o si se han de introducir otra serie de variables, tales como el tiempo desde la comisión del delito, o si ha de valorarse la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, o si han de valorarse todas ellas u otras en libre apreciación del órgano administrativo o del órgano judicial en su caso.

Pues bien, nada más comenzar la sala el análisis de la cuestión controvertida, comenzamos a atisbar cuál va a ser la respuesta final. Así, efectúa en primer término un examen comparativo de la documentación a presentar cuando se solicita una autorización de residencia de larga duración, entre la que se incluye la necesidad de aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que, expresamente, cita el artículo 149 del Real Decreto 557/2011, no deben constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, esto es, no deben constar antecedentes penales, sin que pueda afirmarse que tal referencia solo se refiera a su aportación documental, pero no a las consecuencias derivadas de su eventual contenido.

Además, y esta circunstancia está revestida de toda lógica, no resulta coherente exigir de manera rotunda, para la concesión de una inicial autorización de residencia temporal, que el interesado carezca de antecedentes penales, y colocar al mismo, respecto de una solicitud de residencia de larga duración en una situación más beneficiosa, cuando la concurrencia de tales antecedentes penales no impide de manera automática la concesión de lo solicitado, teniendo

muy presente los rotundos efectos sobre la esfera del ciudadano extranjero que tiene la concesión de tal residencia de larga duración, mucho más favorables sin duda que los que se anudan a una mera residencia temporal.

Ahonda en sus razonamientos el Tribunal Supremo afirmando que la exigencia rígida y automática de inexistencia de antecedentes penales no resulta contradictoria a la finalidad perseguida por la citada Directiva 2003/109/CE del Consejo, pues, como hemos visto, la denegación del estatuto de residente de larga duración únicamente cabe cuando concurren motivos de orden público o de seguridad pública, y que los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública, supuestos en los que puede incluirse sin la menor dificultad la existencia de antecedentes penales.

De esta manera, la sala reconoce que se sitúa en un plano distinto de la doctrina que numerosos Tribunales Superiores de Justicia (Madrid, Extremadura, Cataluña, Andalucía) tienen sobre la cuestión, pues mientras estos consideran que la existencia de condenas penales no constituye, *per se* y de manera automática, razón suficiente para denegar una autorización de residencia de larga duración, el Tribunal Supremo sostiene que de la literalidad de los preceptos que rigen la cuestión no se deriva tal conclusión.

A fin de completar un exhaustivo análisis de la materia controvertida, el Tribunal Supremo trae a colación la doctrina recogida en las STC 131/2016, de 18 de julio y 201/2016, de 28 de noviembre, y que vienen a analizar el supuesto contemplado en el artículo 57.5 de la LOEX, que prevé que la «la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado».

Pues bien, de la lectura de este precepto se ha de concluir que en los supuestos en que se vaya a expulsar a un residente de larga duración resulta siempre exigible valorar una serie de circunstancias, valoración que, curiosamente, no aparece expresamente recogida en el caso de la concesión de la autorización. Es por ello que de manera rotunda el Tribunal Supremo llegue a afirmar que, en los supuestos de expulsión de los residentes de larga duración, ha de mantenerse la tesis contraria a hacer derivar de los meros antecedentes penales consecuencias dotadas de automatismo, siendo pertinente una valoración del resto de las circunstancias concurrentes, sin embargo tal valoración no alcanza a aquellos extranjeros que tratan de lograr su condición de residentes de larga duración, resultando proporcionado un mayor rigor en las exigencias y requisitos necesarios para obtener tal condición que para la expulsión del extranjero que ya ostentaba la misma.

En definitiva, y esto es lo concluyente, el Tribunal Supremo declara como doctrina casacional que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración, tesis que supone un giro copernicano sobre este tipo de solicitudes, debiendo agradecerse, en aras de la seguridad jurídica, la rotundidad con que el Alto Tribunal viene a cumplir con la función que el ordenamiento jurídico le encomienda y que no es otra que sentar y unificar doctrina.