

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# El interés superior del menor y el derecho de retorno de su progenitor\*

*The best interest of the child and the right of return of their parent*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE \*\*  
Profesora titular de Derecho civil. UCM

**RESUMEN:** Ante la duda de si los Estados miembros están obligados a tener en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre, y, si debe aplicarse el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en relación con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE lo interpreta en el sentido de que los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el *interés superior del niño* aunque el destinatario de esta decisión sea el padre del menor.

**ABSTRACT.** *When in doubt as to whether the Member States are obliged to take into account the best interests of the child before adopting a return decision accompanied by an entry ban, even if the addressee of that decision is not a minor, but his father, and, if article 5 of Directive 2008/115 / EC of the European Parlia-*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, que codirijo.

\*\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701. Colaboración entregada el 1 de abril de 2020.

*ment and of the Council, of December 16, 2008, on common rules and procedures in the Member States for the return of third-country nationals in irregular situation, in relation to article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the CJEU interprets it to mean that the Member States are obliged to duly take into account the best interests of the child even if the recipient of this decision is the father of the minor.*

**PALABRAS CLAVE:** Interés superior del menor. Derecho al respeto de la vida familiar. Menores extranjeros. Decisión de retorno contra un nacional de un tercer país.

**KEY WORDS:** *Best interest of the minor. Right to respect for family life. Foreign minors. Return decision against a third country national.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DE PROTECCIÓN A LA VIDA FAMILIAR.—II. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SU CONEXIÓN CON EL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR.—III. LOS CONCEPTOS DE «ORDEN PÚBLICO» Y DE «SEGURIDAD PÚBLICA», COMO JUSTIFICACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN O DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS.—IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS APLICADOS.—V. EL MENOR DE EDAD ESPAÑOL A CARGO DEL EXTRANJERO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN Y LA DECISIÓN DE SU EXPULSIÓN.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DE PROTECCIÓN A LA VIDA FAMILIAR

A lo largo de los últimos años, hemos estado analizando el *interés superior del menor dentro del ámbito familiar*. Hoy vamos a ver como se aplica este principio general en relación con menores extranjeros de países terceros dentro de un estado miembro de la Unión Europea. Por consiguiente, el objeto de análisis de esta pequeña colaboración va a tener como referencia diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>1</sup> y cómo afecta a las decisiones que se toman por los tribunales de justicia dentro de nuestro derecho interno.

Recordamos cómo el principio del interés superior del menor fue introducido por nuestro Tribunal Supremo, por la Sala Primera en Sentencias, entre otras, de 8 de octubre de 2009, que estableció doctrina señalando los criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida<sup>2</sup>, o de 11 de marzo de 2010<sup>3</sup>, donde se examinaba el concepto dentro del entorno de la vida familiar, concretamente, en relación con la práctica anterior de los padres en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar fami-

liar... Así, por ejemplo, y entre otras, destacamos la importancia del principio de interés superior del menor en la custodia compartida tras la ruptura de los progenitores, como señaló la STS de 16 de febrero de 2015<sup>4</sup>, o en relación con la mala influencia de un progenitor sobre el menor que coincide, además, con el criterio del deseo de este, como en la STS de 11 de abril de 2018<sup>5</sup>.

Principio que no fue hasta 2015 positivizado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la adolescencia, complementada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, siendo introducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor y que supuso, en su momento, un cambio importante al desarrollar y reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia. Principio que debe ser ponderado a través de unos criterios establecidos por la propia Ley en su artículo 2<sup>6</sup>.

También el Tribunal Constitucional ha recogido el criterio para su examen, por ejemplo, en el caso del *interés del menor y su derecho a ser oído*<sup>7</sup>.

Pues bien, en el comentario de hoy además de analizar la jurisprudencia emanada del TJUE, vamos a poner nuestra mirada en la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo y veremos como el principio del interés del menor que hasta ahora lo hemos analizado en la esfera interna familiar va a tener un campo de desarrollo en el ámbito del derecho público por la obligación de los poderes públicos de protección a la vida familiar según establece el artículo 39 de la Constitución española.

La cuestión objeto de estudio se debe a la publicación de la STJUE, 11 de marzo de 2021, (asunto C-112/20). El supuesto de hecho de la sentencia se centra en que el 24 de mayo de 2018, se dictó contra M.A. una orden de abandono del territorio belga y una prohibición de entrada. El recurrente declaró tener una pareja de nacionalidad belga y una hija nacida en Bélgica. El Estado señala como fundamento *las infracciones* que el recurrente había cometido en ese territorio y el hecho de que, por tanto, *debía considerarse que el recurrente podía poner en peligro el orden público*.

El Consejo del Contencioso de Extranjería, en Sentencia de 21 de febrero de 2019 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por M.A. quien el 15 de marzo de 2019, interpuso recurso de casación contra esta sentencia donde alegó que el Consejo del Contencioso de Extranjería consideró erróneamente que su alegación basada en la infracción del artículo 24 de la Carta carecía de interés porque el recurrente no precisaba que actuaba en nombre de su hija menor de edad, que:

- tiene la nacionalidad belga
- no es destinataria de los actos impugnados ante ese tribunal, por lo que carece de legitimidad activa,
- no es necesario que el padre actúe en nombre de su hija para que el interés superior de esta pueda ser defendido.
- para continuar su vida familiar con él, su hija debe abandonar el territorio de la Unión Europea y verse privada del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadana de la Unión.

El órgano jurisdiccional remitente estima que el Consejo del Contencioso de Extranjería consideró implícitamente que el interés superior del niño solo debe tenerse en cuenta si la decisión administrativa de que se trata se refiere expresamente a ese niño. Señala que la oposición de M.A. a tal afirmación se refiere a

la interpretación del artículo 74/13 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, que transpone el artículo 5 de la Directiva 2008/115.

En cambio, el órgano jurisdiccional remitente considera que la obligación del recurrente de impugnar la legalidad de esa decisión en nombre de su hija, para que se tenga en cuenta el interés de esta, pertenece al ámbito de la legitimación activa, que no concierne a la interpretación del Derecho de la Unión.

En conclusión, la duda surge en *si los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre.*

## II. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SU CONEXIÓN CON EL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR

La sentencia del TJUE objeto de análisis resulta ser muy importante porque extiende al ámbito del *orden público*, lo que en principio podría pensarse que es un principio de gran relevancia en el ámbito de derecho privado como es el del *interés superior del menor*.

El TJUE parte de que este principio básico, fue acertadamente recogido no solo en la normativa de la Unión Europea desde 1950 donde se establece en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, sino en el ámbito internacional como lo demuestra, y así se mantiene, en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, al desarrollar su articulado tiene la incuestionable obligación de, por un lado, que la principal consideración de los Estados miembros debe ser tener en cuenta este *interés superior del menor coordinándolo con el respeto de la vida familiar*<sup>8</sup> en la aplicación de la Directiva.

*Respeto a la vida familiar* que es considerado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en su artículo 8.2 como la ausencia de «injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, en cuanto esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por otro lado, la Directiva insiste en que en aquellas medidas en las que indirectamente, sean tomadas tanto por las instituciones públicas como por las privadas, y conciernan a los niños, *siempre primará el principio que beneficia al menor* (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1.<sup>o</sup>).

De modo que, la expulsión del progenitor extranjero como consecuencia de las *infracciones por él cometidas en ese territorio y el hecho de que, por tanto, debía considerarse que el recurrente podía poner en peligro el orden público*, son de menor entidad que el respeto a la vida familiar y el interés superior de la menor belga. Máxime teniendo en cuenta que se posibilita el aplazamiento de la expulsión del

extranjero a fin de mantener la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio [art. 14.1.º a) de la Directiva de 2008].

Y previamente, el propio derecho interno, afirma en la Ley sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, de 15 de diciembre de 1980, que «Al adoptar una decisión de expulsión, el ministro o su delegado tendrán en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar...» entre otras cuestiones.

Se tiene en cuenta, además, otra decisión del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018<sup>9</sup>, donde se resuelve que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño solo cuando hay una relación de dependencia justificativa de la concesión de un derecho de residencia derivado, según el ciudadano de la Unión sea mayor o menor de edad<sup>10</sup>.

### III. LOS CONCEPTOS DE «ORDEN PÚBLICO» Y DE «SEGURIDAD PÚBLICA», COMO JUSTIFICACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN O DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS

Debemos tener en cuenta *los conceptos de «orden público» y de «seguridad pública», como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias.*

Según la doctrina del TJUE, tales conceptos deben ser objeto de una interpretación estricta, de forma que la denegación del derecho de residencia se base en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos niños, ciudadanos de la Unión, pues solo de este modo la expulsión sería conforme con el Derecho de la Unión.

Criterios que son tenidos en cuenta por nuestra jurisprudencia como lo pone de manifiesto la STS, Sala Tercera, de 2 de marzo<sup>11</sup> en la que se casa y revoca la sentencia del TSJ Andalucía de 27/09/2018 y, estimando el recurso de apelación, revoca la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Granada, y reconoce el derecho del recurrente a que se le otorgue una primera autorización de residencia inicial por circunstancias excepcionales de arraigo social *ya que los antecedentes policiales, salvo que por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el «orden público» o la «seguridad pública», en el sentido que es interpretado por el TJUE*, no constituyen, sin más, causa de denegación automática de una solicitud como la interesada.

Criterio seguido por la STS, Sala Tercera, de 23 de julio de 2020,<sup>12</sup> en la que se anula la sentencia del TSJ Madrid, sobre la solicitud del permiso de residencia de larga duración con antecedentes penales del solicitante. Determina que *los meros antecedentes policiales no implican que el comportamiento del recurrente constituya una amenaza real, actual y grave para la seguridad o el orden públicos, según la jurisprudencia del TJUE*. Debe rechazarse cualquier automatismo en la aplicación de dichos conceptos, siendo necesaria la individualización en cada caso y debiendo atenderse a la conducta personal del interesado.

En sentido similar, al tratarse de una denegación de una residencia de larga duración por la existencia de antecedentes penales se halla, la STS, Sala Tercera, de 29 de julio.<sup>13</sup> En ella el Supremo, determina, como lo hiciera a su vez en nuestra sentencia objeto de análisis primordial, la STS 1254/2020, de 5 de octubre, pero

en este supuesto en contra de los intereses del extranjero recurrente, que, *en el caso de existir un hijo menor de edad de nacionalidad española, procede examinar la relación del progenitor con el menor, si tiene la guarda y custodia, si está a su cargo, si cumple el régimen de visitas en su caso, o si contribuye efectivamente a la manutención del hijo.*

#### IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS APLICADOS

Además de los principios del *interés superior del menor*, del *derecho del respeto a la vida familiar*, el principio del *orden público*, y, el de *seguridad pública*, debemos tener en cuenta otros principios y derechos que juegan un papel primordial en la resolución de este tipo de asuntos.

Así, surge el *principio de no devolución* del progenitor, en el supuesto de la sentencia principal objeto de análisis, con base en el interés superior del niño, en la vida familiar y en el *estado de salud*, regulado en el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sin olvidar la importancia del principio de *protección del menor por el Estado*, en conexión con el interés superior del menor, y el *derecho del menor a ser oido en función de su edad y madurez*, teniendo presente el *Derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus progenitores* (art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

#### V. EL MENOR DE EDAD ESPAÑOL A CARGO DEL EXTRANJERO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN Y LA DECISIÓN DE SU EXPULSIÓN

El tema objeto de análisis es de gran relevancia para nuestro derecho interno puesto que últimamente son varias las decisiones que nuestro Tribunal Supremo ha tenido que analizar en relación con el asunto tratado por el TJUE.

Así, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 5 de octubre de 2020<sup>14</sup>, establece doctrina esencial por indicar que la existencia de un hijo menor de edad español y a cargo del extranjero residente de larga duración incide en la decisión de expulsión *ex artículo 57.2 de la LOEX*, de manera que ha de valorarse si dicha expulsión podría obligar al menor a abandonar el territorio de la Unión, privándole de los derechos inherentes al estatuto de ciudadano de la Unión, en particular el derecho de residencia, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional, y que podría significar, atendidas las circunstancias de cada caso, ponderando de manera proporcionada el interés superior del niño y la preservación del orden público y la seguridad nacional, la exclusión de la expulsión y no devolución del progenitor, atendiendo no solo al derecho propio sino al derecho derivado en los términos que señala el TJUE en relación con los artículos 20 y 21 del Tratado Fundacional.

Previamente, el mismo ponente, en STS de 30 de septiembre de 2019<sup>15</sup>, analizó un supuesto de solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida. El Tribunal Supremo señaló la necesidad de valoración de la concurrencia de circunstancias del caso en relación con la efectividad de los

derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión, que puedan justificar el reconocimiento de autorización temporal de residencia al nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, si no como derecho propio, como derivado del derecho del ciudadano de la Unión. *De lo contrario, se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.*

Tal situación, ha de valorarse *en cada caso* atendiendo a las circunstancias concurrentes, y cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta *el derecho al respeto de la vida privada y familiar*, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el artículo 24.2 de la Carta, de manera que la conclusión denegatoria ha de responder a una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

Concretando, además, que cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que *ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar*.

Nuestro Alto Tribunal ya intuía en cierta medida la sentencia y decisión del TJUE objeto de comentario, lo que no hace más que validar la línea jurisprudencial a seguir por nuestro Tribunal.

También se analizan otro tipo de situaciones que han dado lugar a jurisprudencia donde prevalece también el *principio del interés superior del menor y el derecho al respeto a la vida familiar*. Por ejemplo, la STS, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2020<sup>16</sup>, establece doctrina esencial, en un supuesto de expulsión por estancia irregular, por aplicación del *principio de no devolución, interés del niño, vida familiar y estado de salud* en relación con la valoración de las circunstancias del artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, especialmente en sus apartados a) y b). Directiva que no permite excluir, en este caso, la sanción de expulsión por el supuesto del artículo 53.1.a) de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009, atendidas las circunstancias del caso en relación con la situación familiar y de convivencia en España.

En este caso se determina que es conforme a Derecho la sanción de expulsión con base en los principios de legalidad y tipicidad, y también la reducción del período de prohibición de entrada al territorio español. La Directiva 2008/115/CE que concreta el Principio de no devolución en su artículo 5, apartados a) y b), no permite excluir, en este caso, la sanción de expulsión por el supuesto del artículo 53.1.a) de la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 2/2009, atendidas las circunstancias del caso en relación con la situación familiar y de convivencia en España. Y ello porque no se ha apreciado una incidencia determinante en la situación familiar y de los menores que permita excluir la aplicación de la sanción de expulsión. Se afirma la existencia de una valoración razonable y proporcionada que se completa con la reducción del período de prohibición de entrada de tres a un año, sin que suponga el reconocimiento de una situación de arraigo familiar<sup>17</sup>.

Por ejemplo, la STS, Sala Tercera, 21 de enero de 2019<sup>18</sup>, que establece doctrina esencial, determina que, en casos de estancia irregular de extranjero, procede la expulsión y no es sustituible por sanción pecuniaria. Así pues, la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las *conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1* de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>19</sup>, consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concurre alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del artículo 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución. Tales supuestos de excepción, incluido el previsto en el artículo 6.4 de la Directiva, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa.

## VI. CONCLUSIÓN

Los Estados miembros tienen el deber de proteger a los menores, y por ello están obligados a tener debidamente en cuenta el *derecho al respeto de la vida familiar y el interés superior del niño*, antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esta decisión no sea un menor, sino su padre.

Derechos que deben tenerse en cuenta independientemente de que el otro progenitor tenga nacionalidad del estado miembro del que se expulsa al progenitor y sea capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a hacerse cargo de él. Prima por consiguiente el respeto a la vida familiar frente al riesgo que separarlo del progenitor nacional de un país tercero entrañaría para el equilibrio del menor.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

PEY GONZÁLEZ, J.M.<sup>a</sup>: Sistemática jurisprudencial del Tribunal Supremo en extranjería 2020, en *Diario La Ley*, núm. 9803, Sección Dossier, 4 de marzo de 2021, Wolters Kluwer. (La Ley 1919/2021).

## VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STJUE, Sala Décima, Sentencia de 11 de marzo de 2021, C-112/2020. Ponente: CONSTANTINOS LYCOURGOS. (La Ley 6650/2021). ECLI: EU:C:2021:197.
- STJUE, Sala Sexta del TJUE, se ha pronunciado en la Sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/2019. Ponente: MAREK SAFJAN. (La Ley 124049/2020) ECLI: EU:C:2020:807.
- STJUE, Gran Sala, Sentencia de 8 de mayo de 2018, C-82/2016. Ponente: CONSTANTINOS LYCOURGOS. (La Ley 33826/2018). ECLI: EU:C:2018:308.
- STJCE, Gran Sala, Sentencia de 27 de junio de 2006, C-540/2003. Ponente: ALLAN ROSAS (La Ley 88107/2006).

- STC, Pleno, Sentencia 64/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 3442/2018. Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RÉ (La Ley 52914/2019).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 94/2010 de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (La Ley 5294/2010). ECLI: ES:TS:2010:963.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 192180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5969.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, 1254/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 4890/2019 Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA. (La Ley 137966/2020). ECLI: ES:TS:2020:3318.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1253/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 1350/2019. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 137964/2020). ECLI: ES:TS:2020:3316.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1132/2020 de 29 de julio de 2020, Rec. 4687/2019. Ponente: Francisco Javier BORREGO BORREGO. (La Ley 87844/2020). ECLI: ES:TS:2020:2733.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1092/2020 de 23 de julio de 2020, Casación 3698/2019 (La Ley 87866/2020).
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 303/2020, de 2 de marzo de 2020. Casación núm. 871/2019 (La Ley 9915/2020).
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1270/2019 de 30 de septiembre de 2019, Rec. 7101/2018. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 140946/2019). ECLI: ES:TS:2019:3060.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 38/2019 de 21 de enero de 2019, Rec. 4856/2017. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 4027/2019). ECLI: ES:TS:2019:250.

## IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO 2008, L 348, 98).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea. 30/3/2010.) (2010/C 83/02).
- Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.
- Constitución Española, artículo 39.

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10.
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Ley belga sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, de 15 de diciembre de 1980.

## NOTAS

<sup>1</sup> El comentario tiene su origen en la reciente STJUE, Sala Décima, Sentencia de 11 de marzo de 2021, C-112/2020. Ponente: Constantinos LYCOURGOS. (La Ley 6650/2021). ECLI: EU:C:2021:197.

<sup>2</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 192180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5969

<sup>3</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 94/2010 de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008. Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación (la Ley 5294/2010). ECLI: ES:TS:2010:963

<sup>4</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258. En este supuesto se establece un sistema de custodia compartida a favor de los progenitores sobre su hijo menor por semanas alternas, ya que debe prevalecer el superior interés de este, y ambos progenitores están capacitados para ejercer sus responsabilidades parentales y es más beneficioso para el hijo relacionarse con los dos.

<sup>5</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 206/2018 de 11 de abril de 2018, Rec. 2568/2017. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. (La Ley 25498/2018). ECLI: ES:TS:2018:1351. En este caso y atendiendo al superior interés de la menor se atribuye al padre la custodia de la hija que hasta ese momento ostentaba la madre. Los informes aconsejan la custodia paterna para evitar a la menor perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre ella ejerce la madre y que se puede revertir estando al cuidado del padre. *El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad pues, como en este caso, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro.*

<sup>6</sup> A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquier otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

En otro orden de cuestiones, estos criterios se ponderarán (dice la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

<sup>7</sup> STC, Pleno, Sentencia 64/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 3442/2018. Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RÉ. (La Ley 52914/2019. El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 18.2.4.<sup>a</sup> de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, según el cual la exploración judicial del menor constará en acta detallada, de la que se dará traslado a los interesados para que puedan efectuar alegaciones. Colisión entre el derecho a la intimidad del menor y los derechos garantizados por el artículo 24 CE a las partes en el proceso. La entrega del acta detallada a las partes atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 CE. Es en la celebración de la exploración judicial del menor cuando el juez debe cuidar de preservar la intimidad del menor, velando por que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el contenido del acta, por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones, sin que ello suponga un sacrificio desproporcionado del derecho a la intimidad del menor.

<sup>8</sup> Derecho que ya se tuvo en cuenta en la STJCE, Gran Sala, Sentencia de 27 de junio de 2006, C-540/2003. Ponente: ALLAN ROSAS. (La Ley 88107/2006) donde se afirmó que no menoscaba el derecho fundamental del respeto de la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor, o el principio de no discriminación por razón de la edad. Admite la Directiva 2003/86/CE, excepcionalmente, que antes de autorizar la entrada y residencia de un hijo de más de 12 años que llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro verifique si cumple los criterios de integración que prevé su legislación, y que los Estados miembros exijan que las solicitudes de reagrupación de menores se presenten antes de que cumplan 15 años. Posibilita que dichos Estados requieran que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo no superior a 2 años antes de reagrupar a su familia.

El TJCE desestima el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo los artículos 4.1, último párrafo, y 6, y 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

<sup>9</sup> STJUE, Gran Sala, Sentencia de 8 de mayo de 2018, C-82/2016. Ponente: Constantinos LYCOURGOS. (La Ley 33826/2018). ECLI: EU:C:2018:308

<sup>10</sup> La tercera cuestión prejudicial planteada en este caso, se centra en si debe interpretarse el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 5 de la Directiva 2008/115 y los artículos 7 y 24 de la Carta, en el sentido de que se opone a una práctica nacional en virtud de la cual respecto a un nacional de un tercer Estado que ya está sujeto a una prohibición de entrada en vigor se adopta una decisión de expulsión sin tener en cuenta en ese contexto la vida privada y familiar y el interés de los hijos afectados, a los que se ha hecho referencia en una solicitud de [residencia con fines de] reagrupación familiar con un ciudadano de la Unión presentada después de que se haya dictado esa prohibición de entrada.

El TJUE indica que para apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión. Corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, las autoridades competentes deben tener en cuenta el derecho al *respeto de la vida familiar*, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta. El hecho de que el progenitor que es nacional de un tercer país viva con el hijo menor que es ciudadano de la Unión es *uno de los factores relevantes que se tomará en consideración para dilucidar si entre ellos existe relación de dependencia, sin que llegue a constituir una condición necesaria*.

Por consiguiente, ha de contestarse que el artículo 5 de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica nacional en virtud de la cual es posible adoptar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país contra el que ya se ha dictado una decisión de retorno, acompañada de una prohibición de entrada en el territorio, que sigue en vigor, sin tener en cuenta los datos de su vida familiar, y en particular el interés de su hijo menor, mencionados en una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar presentada después de la adopción de dicha prohibición de entrada en el territorio, salvo cuando tales datos hubieran podido ser invocados previamente por el interesado.

<sup>11</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia núm. 303/2020, de 2 de marzo de 2020. Casación núm. 871/2019 (La Ley 9915/2020)

<sup>12</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1092/2020 de 23 de julio de 2020, Casación 3698/2019 (La Ley 87866/2020).

<sup>13</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1132/2020 de 29 de julio de 2020, Rec. 4687/2019. Ponente: Francisco Javier BORREGO BORREGO. (La Ley 87844/2020). ECLI: ES:TS:2020:2733.

La doctrina esencial de esta STS indica que para decidir acerca de la solicitud formulada por extranjero de una autorización de residencia de larga duración, se debe considerar, primero, si tiene algún antecedente penal, y si ello ocurre, considerar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público por el que el solicitante fue condenado y si representa un peligro para la sociedad por su conducta. Y segundo, se debe examinar, además de lo anterior, si el solicitante tiene vínculos con el país de residencia. Si el solicitante tiene un hijo menor de edad de nacionalidad española, procede examinar la relación del progenitor con el menor, si tiene la guarda y custodia, si está a su cargo, relación con el menor, etcétera.

<sup>14</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, 1254/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 4890/2019. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA. (La Ley 137966/2020). ECLI: ES:TS:2020:3318.

<sup>15</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1270/2019 de 30 de septiembre de 2019, Rec. 7101/2018. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 140946/2019). ECLI: ES:TS:2019:3060

<sup>16</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 1253/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 1350/2019. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 137964/2020). ECLI: ES:TS:2020:3316.

<sup>17</sup> La Sala de lo Contencioso-administrativo del Supremo examina la excepción contemplada en el artículo 5 de la Directiva de retorno. Este precepto, especialmente sus apartados

a) y b), no permite excluir, en el supuesto enjuiciado, la sanción de expulsión, atendidas las circunstancias personales y familiares del recurrente que entró en país en virtud de una carta de invitación de su pareja, eludiendo los requisitos para la reagrupación familiar a que se refiere el artículo 18 de la LOEx. A pesar de ser la estancia autorizada por un plazo de 90 días, el interesado dejó transcurrir el mismo sin llevar a cabo solicitud alguna para la regularización de su situación, ni siquiera por reagrupación familiar. Su pareja e hijos se encontraban de forma legal en España con anterioridad a la entrada del interesado, por lo que la convivencia familiar se redujo a un período de 90 días, y lo fue mediante una actuación realizada en fraude de ley. No existía una previa situación de arraigo familiar en España, pues una cosa es tener familiares en España, y otra que el extranjero pueda alegar arraigo familiar en territorio español, cuando se incoó el expediente sancionador a los 94 días de su entrada en España.

PEY GONZÁLEZ indica como, respeto a esta infracción en concreto (estancia irregular del artículo 53.1.a) LOEx), la Sala Sexta del TJUE, se ha pronunciado en la Sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/2019 Ponente: MAREK SAFJAN. (La Ley 124049/2020) ECLI: EU:C:2020:807, admitiendo que a los extranjeros que se encuentren en esta situación en nuestro país se les pueda imponer nuevamente una multa en lugar de la expulsión.

Así, la Sala del TJUE declara que «*la Directiva de retorno debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional (como la española), en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que esta segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes*». PEY GONZÁLEZ, José M.<sup>a</sup>: «Sistématica jurisprudencial del Tribunal Supremo en extranjería 2020», en *Diario La Ley*, núm. 9803, Sección Dossier, 4 de marzo de 2021, Wolters Kluwer. (La Ley 1919/2021).

<sup>18</sup> STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 38/2019 de 21 de enero de 2019, Rec. 4856/2017. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 4027/2019. ECLI: ES:TS:2019:250.

<sup>19</sup> Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.