

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12887 *Pleno. Auto 54/2010, de 19 de mayo de 2010. Inadmite a trámite por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad 7668-2009, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona en relación con el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en cuanto que supedita la autorización de residencia temporal a la ausencia de antecedentes penales.*

Tribunal Constitucional. Pleno

Excms. Srs.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Núm. de Registro: 7668-2009

Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona.

Sobre: Artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por posible vulneración del art. 39 de la Constitución Española.

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 14 de septiembre de 2009, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), por posible vulneración del art. 39 CE, acompañándose testimonio de las actuaciones (procedimiento abreviado núm. 717-2007) y el Auto de promoción de 1 de septiembre de 2009.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 27 de diciembre de 2007, la representación procesal de don J.N.P.B., de nacionalidad ecuatoriana, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Barcelona desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la previa resolución del mismo órgano por la que se deniega la solicitada autorización de trabajo y residencia por arraigo social [art. 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre] por incumplimiento del requisito de carecer de antecedentes penales.

b) El día 2 de junio de 2009, el órgano judicial, una vez celebrada la vista oral y en trámite de dictar Sentencia, dictó providencia por la que se daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo de diez días, a fin que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 31 LOEx, «en los términos absolutos en que se establece el requisito de ausencia de antecedentes penales a los efectos de obtención de autorización de residencia temporal en cualquiera de sus

modalidades, haciendo imposible por tanto la residencia de extranjeros aún en situaciones como la que se plantea en este proceso en que el afectado es padre de un menor de nacionalidad española, o presuntamente española, con la consiguiente afectación del derecho a la familia no sólo del afectado sino también de su hijo».

El recurrente manifestó su parecer favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Abogado del Estado indicó que, al no señalarse el precepto constitucional que se entendía infringido, no se cumplían los requisitos de los arts. 163 CE y 35 LOTC. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica señalando que en la providencia no se indicaba el precepto constitucional que el órgano judicial entendía vulnerado. Tras dar traslado a las partes del recurso de súplica interpuesto, a los efectos de que alegasen lo que conviniera a su derecho, el órgano judicial dictó Auto el 16 de julio de 2009, en el que, estimando el recurso de súplica, señalaba que el precepto constitucional que se entendía vulnerado era el art. 39 CE y concedía un nuevo plazo de diez días para que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se pronunciasen sobre la cuestión planteada. Ambos entendieron que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por no apreciar vulneración del art. 39 CE.

c) Finalmente, el órgano judicial dictó el Auto de 1 de septiembre de 2009 planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

3. En cuanto al contenido del Auto de promoción, importa destacar lo siguiente:

Comienza señalando los antecedentes de hecho del caso, exponiendo que la denegación de la autorización solicitada se basó en el incumplimiento de uno de los requisitos señalados legal y reglamentariamente para el otorgamiento de la autorización de residencia y trabajo solicitada, como es la carencia de antecedentes penales. Tras hacer referencia a las posturas de las partes en torno al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, indica que la situación de hecho acreditada en el proceso es que el actor solicitó autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo social, en cuanto que, además de acreditar la estancia en España durante el período de tiempo exigido, ha presentando una oferta de trabajo y está casado con una residente legal en España con la que tiene un hijo de nacionalidad española. El solicitante cumpliría así, en su parecer, los requisitos exigidos por el art. 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004 con la única excepción de la carencia de antecedentes penales pues consta una condena penal por un delito de violencia habitual a una pena de siete meses y quince días de prisión con la pena accesoria de prohibición de acercamiento a su cónyuge durante un año y prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años.

Los fundamentos jurídicos del Auto se inician señalando la repercusión material de la Sentencia que debe dictarse aludiendo, en realidad, a las concretas circunstancias del caso en las que consta que el recurrente lleva varios años residiendo en España sin autorización mientras que su esposa reside legalmente en España y el hijo de ambos ha nacido en nuestro país, teniendo nacionalidad española tal como se ha acreditado en el curso del proceso. Así señala que la Sentencia que debe dictarse afectaría no solo al recurrente sino también a su familia y, particularmente, a su hijo.

Tras lo anterior el Auto acomete la tarea de formular el juicio de relevancia indicando que la denegación de la autorización solicitada se ha basado en la existencia de antecedentes penales, razón por la cual estima que el art. 31.4 LOEx, precepto legal que establece la exigencia de carecer de antecedentes penales, repercute de forma directa e inmediata en la Sentencia que ha de dictarse por cuanto este precepto exige en todo caso la ausencia de antecedentes penales como un requisito indispensable para la obtención de la autorización temporal de residencia en cualquiera de sus modalidades.

En lo que respecta a la afectación del que denomina derecho a la familia del actor y los derechos del padre respecto de su descendencia el órgano judicial afirma que el art. 39 CE impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo establece la obligación de los padres de prestar asistencia a sus hijos durante la minoría de edad y cuando legalmente proceda. Señala también que el derecho de las personas a la familia se consagra en numerosos textos internacionales

que hacen referencia a ese derecho a la relación familiar citando al respecto el art. 8 del convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1976, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977. De lo expuesto deriva, a su juicio, que el recurrente, independientemente de su condición nacional, tiene derecho a la familia y a la relación paterno-filial lo que se correspondería con un correlativo deber de respeto y protección por parte de los poderes públicos, de forma que al Estado le resultaría exigible una posición activa de protección y defensa del derecho a la familia y a la relación paterno-filial. En relación con lo anterior señala la necesidad de que en el proceso sea tenida en consideración tanto la perspectiva paterna, centrada en la necesidad de ejercer la patria potestad, entendida como un haz de derechos y deberes, así como la posición y defensa del hijo del recurrente a la vista de que, conforme al art. 39.2 CE, la protección integral de los hijos es un deber de los poderes públicos, protección específicamente reenviada a lo dispuesto en los acuerdos internacionales por el apartado cuatro del mismo precepto constitucional. Señala, además, que el menor ostenta un derecho a mantener la relación paterna el cual no puede ser considerado solamente como un principio rector puesto que su reconocimiento por los acuerdos internacionales a los que reenvía el art. 39.4 CE hace que se configure como un derecho subjetivo en cuya virtud tendría derecho a mantener una relación de convivencia con ambos padres mientras que, por su condición de español, tiene derecho a permanecer en su país. Por ello, el órgano judicial estima que imponer al menor la disyuntiva entre el derecho a la relación paterno-filial y el derecho a residir en el propio país supone coartar la libertad de elección puesto que ambos valores son igualmente esenciales.

A continuación indica que el precepto de cuya constitucionalidad duda, el art. 31.4 LOEx, exige en todo caso la ausencia de antecedentes penales como requisito indispensable para conceder cualquier autorización de residencia temporal, exigencia que responde a la finalidad de preservar la seguridad interna, evitando que se instalen en el país personas que supongan un riesgo para lo cual se lleva a cabo una identificación entre posesión de antecedentes penales y riesgo para la seguridad. Así, la existencia de cualquier antecedente impone necesariamente la denegación de la autorización y sitúa al extranjero ante la obligación de abandonar el territorio o ser expulsado, sea cual sea su situación personal. De esta forma, el órgano judicial entiende que el precepto deviene inconstitucional al impedir, de forma absoluta, la ponderación de otros valores constitucionales que, como los expresados anteriormente, han de ser tenidos en cuenta en la decisión a adoptar. En el caso se enfrentarían el derecho del recurrente a la familia desde una situación de arraigo probada, el cual se ve confrontado con la existencia de un solo antecedente penal, antecedente que produce el efecto de negar al recurrente su derecho a la familia y condena a su hijo a prescindir de una relación directa con su padre o bien a abandonar su país.

Por ello, el órgano judicial estima que la situación que impone el art. 31.4 LOEx resulta inconstitucional en el presente caso al desconocer, sin posibilidad de interpretación o ponderación, el derecho del menor español.

4. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional, de fecha 27 de octubre de 2009, se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuese notoriamente infundada.

5. El 23 de noviembre de 2009 el Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones en el que, tras poner de manifiesto el incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, interesa la inadmisión de la cuestión por entenderla notoriamente infundada.

Al respecto, tras exponer los antecedentes del caso y sintetizar las argumentaciones contenidas en el Auto de planteamiento, se plantea, en primer lugar la concurrencia de óbices procesales. Así, el Fiscal General del Estado indica que la cuestión se ha planteado en el momento procesal oportuno si bien advierte la existencia de deficiencias en relación

con el trámite de audiencia regulado en el art. 35.2 LOTC, respecto a las cuales señala que es necesario dilucidar si pudieran afectar a la finalidad y sentido del trámite en cuestión conforme el mismo ha sido entendido por la doctrina constitucional. En tal sentido, constata que la providencia por la que se abre dicho trámite, amén de no precisar el inciso cuestionado, no menciona el precepto constitucional que considera vulnerado, lo que provocó la reacción tanto del Abogado del Estado como del Ministerio Fiscal, el cual interpuso recurso de súplica, mientras que la representación procesal del demandante presentó alegaciones apoyando la iniciativa judicial. Estimado el recurso de súplica el órgano judicial señaló que el precepto constitucional vulnerado era el art. 39 CE, ordenando emplazar de nuevo al Abogado del Estado y al Fiscal, sin que la subsanación del defecto se produjera respecto de la representación procesal del solicitante, extremo éste último que lleva al Ministerio público a plantearse que el trámite de audiencia se haya llevado a cabo de forma correcta sin perjuicio de señalar también que en el escrito de alegaciones presentado por el recurrente ya se refería al art. 39 CE, lo que, a su juicio, podría modular la consecuencia de la inadmisión por esta causa. Finalmente en cuanto al juicio de relevancia señala que ha sido adecuadamente formulado por lo que, aparte del ya indicado incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, no advierte la falta de otras condiciones procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ahora suscitada.

En cuanto al fondo del asunto el Fiscal General del Estado considera que se trata de uno de esos supuestos en los que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de constitucionalidad están manifiestamente infundadas, lo que permitiría, en aplicación de la consolidada doctrina constitucional al respecto, rechazar la misma mediante Auto en el trámite de admisión. Señala el Fiscal que el eje central sobre el que el órgano judicial hace gravitar las dudas de constitucionalidad es que el precepto, al establecer sin excepciones el requisito de la ausencia de antecedentes penales para la obtención de cualquiera de las modalidades de autorización inicial de residencia temporal, conculca el art. 39 CE en la medida en que éste impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y viene a plasmar un derecho subjetivo a la familia y a la relación paterno-filial en el sentido de derecho de convivencia padre-hijo que se vería impedido en casos como el subyacente. Estima que dicha argumentación parte de premisas erróneas y no se corresponde con la realidad jurídico-constitucional del diseño patrio de protección de los derechos, intereses y valores en juego en casos como el que sirve de base al planteamiento de la presente cuestión.

En tal sentido indica, en primer lugar, que el art. 39 CE se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, entre los llamados principios rectores de la política social y económica, cuya garantía constitucional es precisada por el art. 53.3 CE, lo que determina que el mismo se encuentre en el tercer nivel de garantías diseñado por este último precepto constitucional, extremo relevante en el supuesto de colisión con otros intereses, bienes y derechos protegidos constitucionalmente. Igualmente recuerda la doctrina de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en torno al reagrupamiento familiar, doctrina sentada en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de varios preceptos de la LOEx y en la que se señala que la Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, doctrina que entiende de utilidad para situar la entidad de la cuestión en sus justos términos.

En segundo lugar, señala que la referencia del órgano proponente al derecho a la familia y su incidencia en el proceso subyacente en función de lo dispuesto en el art. 10.2 y, para los niños, en el 39.4, ambos de la Constitución, ha de modularse a la vista de que los tratados o convenios internacionales no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos.

En tercer lugar recalca que el planteamiento argumental de que la norma cuestionada impide absolutamente la vida familiar y, más concretamente, la relación paterno-filial con lo que entraría en contradicción con el derecho del menor a residir en España y que ello implica una infracción constitucional del art. 39, es manifiesta y notoriamente infundado. Al respecto indica que la falta de autorización de residencia temporal no determina la expulsión

ya que es manifiesto que la situación de residencia irregular en España puede ser sancionada con una multa y que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que ésta se encuentra condicionada por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave y por la concurrencia de los criterios establecidos en la LOEx, de modo que cabe la valoración de diversas circunstancias que pueden llevar a que la sanción de mayor impacto, la expulsión, no se produzca de forma que la norma cuestionada no conlleve automática ni necesariamente la ruptura de la convivencia. Además, indica que, aunque así fuera, no cabe afirmar que el principio de protección a la familia o el pretendido derecho subjetivo a la familia y a la relación paterno-filial o a la convivencia deba ser entendido con un carácter absoluto de manera que no puede concebirse un derecho incondicional de cualquier persona a convivir con la familia y menos a que esa convivencia se desarrolle en España, pues la efectividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, del *ius puniendi* y de los fines de la pena y del derecho a la seguridad que ostentan las personas tendrían una clara primacía sobre el mantenimiento a ultranza y sin modulaciones de la convivencia familiar.

En cuanto al concreto precepto cuestionado considera que el mismo establece una limitación razonable y proporcionada que halla su razón de ser en necesidades de seguridad individual y colectiva, así como de paz social y orden público interno ya que quien ha cometido un delito ha quebrantado normas esenciales de convivencia ciudadana y cabe que un Estado establezca normas de cautela y protección de la seguridad de sus ciudadanos y residentes legales precisamente fundamentadas en lograr un orden de clima y convivencia social y ciudadana en condiciones de paz y seguridad. Asimismo señala que los supuestos legales y fácticos en los que la convivencia familiar o la relación paterno-filial ceden ante otros derechos o intereses jurídicamente protegidos son numerosos citando al respecto los procesos civiles de separación, nulidad y divorcio o de regulación de las medidas consecuencia de la ruptura de parejas de hecho. También resalta que la convivencia no ha de darse necesariamente en territorio español por lo que la carencia de autorización para la residencia en España no determina inexorablemente la imposibilidad de ejercitar un derecho de comunicación y visitas que posibilite un contacto regular.

Finalmente, el Fiscal General del Estado resalta que, por lo que respecta al caso concreto subyacente, tampoco cabe dejar de mencionar que el extranjero en cuestión había atentado precisamente contra un miembro de la familia, la madre del menor, y una previa medida de alejamiento había sido impuesta judicialmente en el proceso penal, rompiendo durante su período de mantenimiento la convivencia, tanto con la esposa como con el hijo español menor de edad, quiebra ya concretada del derecho a la convivencia que no parece preocupar al órgano proponente. A su juicio resulta realmente paradójico que se argumente en relación al supuesto concreto que la aplicación de lo dispuesto en el art. 31.4 LOEx determina una vulneración del derecho a la familia de un agresor precisamente condenado por delito de maltrato familiar o de género producido en el seno de la familia nuclear, circunstancia que no necesariamente ha de llevar a la proscripción del contacto con el menor pero tampoco parece que en tales condiciones pueda afirmarse que el derecho a proyectar sobre los hijos los valores propios merezca un respeto irrestricto.

Por todo ello, el Fiscal General del Estado estima que la norma cuestionada no vulnera el art. 39 CE y, en consecuencia, interesa que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 37.1 LOTC, se dicte Auto por el que se acuerde la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender que es notoriamente infundada.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación con el art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), por posible vulneración del art. 39 CE en cuanto que dicho precepto exige la carencia de antecedentes penales en España como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero.

Dicho requisito se establecía en el art. 31.4 LOEx, dedicado a regular la denominada situación de residencia temporal que autoriza para residir en España durante un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Sin embargo, durante la pendencia de este proceso el artículo único.Treinta y tres de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEx, ha modificado la numeración de este art. 31 de forma que la exigencia de carecer de antecedentes penales que ha sido cuestionada por el órgano judicial a quo se establece ahora en el primer inciso del apartado cinco de ese mismo art. 31 LOEx, modificación que, en cualquier caso, en nada afecta al fondo de la duda de constitucionalidad que se nos plantea.

La duda de constitucionalidad se centra exclusivamente, como ya hemos señalado, en el inciso del precepto que hace referencia a la exigencia de carecer de antecedentes penales como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero en España, exigencia que determinaría la eventual vulneración del art. 39 CE, ya que, al establecerse con carácter absoluto, sin excepciones ni posibilidades de ponderación, el inciso cuestionado impediría tener en cuenta otros valores presentes en el caso concreto, como el derecho a las relaciones familiares de los solicitantes de dicha residencia temporal y el interés de sus descendientes menores de edad. En suma, lo que el órgano judicial cuestiona es el automatismo en la denegación de la autorización solicitada en caso de preexistencia de antecedente delictivo, automatismo que impide la ponderación de otros valores constitucionales como los que, en atención a las circunstancias del caso a quo, derivan del art. 39 CE, produciendo con ello un resultado contrario a los principios constitucionales de protección a la familia y a la infancia que derivan del citado precepto de nuestra Norma Suprema.

Por su parte, el Fiscal General del Estado, amén de poner de manifiesto el incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, interesa la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que resulta notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

2. Antes de entrar a analizar el eventual carácter infundado de la cuestión suscitada debemos examinar si el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ha sido cumplimentado satisfactoriamente, pues sobre el mismo ha señalado el Fiscal General del Estado la existencia de ciertas deficiencias que podrían determinar el incumplimiento de lo prevenido en el art. 35.2 LOTC.

Como se ha expuesto en los antecedentes el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal se abrió una vez celebrada la vista oral y conclusos los Autos, si bien la providencia inicial de fecha 2 de junio no indicaba el precepto o preceptos constitucionales que operarían como canon de contraste respecto del precepto legal de cuya constitucionalidad dudaba. Esta circunstancia no impidió a la representación procesal del actor formular alegaciones en relación con la eventual disconformidad del inciso del entonces art. 31.4 LOEx respecto a lo dispuesto en el art. 39 CE. Corregida la anterior deficiencia mediante Auto de 16 de julio, en el que estima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia anterior y señala como precepto constitucional vulnerado el art. 39 CE, no se otorgó nuevo trámite de audiencia a todas las partes sino únicamente a aquellas que no habían formulado alegaciones sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, esto es, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, omitiéndose otorgar el trámite a la representación procesal del actor.

Sin embargo, la anterior omisión no permite considerar que se ha incumplido la finalidad del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC en cuanto que, aun cuando en la inicial providencia no se revela cuál es el precepto de la Constitución al que se opondría el art. 31.4 LOEx (actualmente 31.5, según hemos expuesto), en la misma se señalaban los términos del caso concreto, haciendo expresa referencia a la hipotética afectación al derecho a la familia no solamente del actor sino también de su hijo así como al problema de constitucionalidad que, a juicio del órgano judicial, se planteaba. Todo ello permitió a la representación procesal del demandante en el proceso *a quo* hacer efectivo el conferido trámite de audiencia formulando alegaciones en relación con la eventual contradicción del inciso cuestionado con el art. 39 CE que es precisamente la duda de constitucionalidad que se plantea por el órgano judicial. Por esa misma razón tampoco cabe atribuir

trascendencia al hecho de que, en el Auto por el que se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, no se le confiriera un nuevo trámite de audiencia a la parte actora, por cuanto, además, mediante diligencia de ordenación se le dio traslado del mencionado recurso para que alegase lo conveniente, reiterando la misma, en ese momento, su criterio favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Puede darse así por cumplido el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4). Finalmente tampoco cabe atribuir relevancia alguna al hecho de que en la providencia inicial se señalase como precepto legal cuestionado el art. 31 LOEx en su totalidad mientras que, finalmente, la duda de constitucionalidad se ha planteado exclusivamente en relación al inciso en aquel momento contenido en el art. 31.4 LOEx, pues, de los términos de la propia providencia, se deduce que la duda de constitucionalidad que se plantea se refiere al concreto inciso relativo a la carencia de antecedentes penales del art. 31.4 LOEx, de forma que las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales (STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1).

Por lo expuesto, atendidas las circunstancias del caso, es posible entender que el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC se ha cumplimentado satisfactoriamente.

3. Señalado lo anterior procede ahora recordar que, conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas. En este sentido hemos declarado reiteradamente que el concepto de «cuestión notoriamente infundada» encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (por todos, ATC 27/2010, de 25 de febrero, FJ 2).

Pues bien, no puede compartirse el juicio de constitucionalidad efectuado por el órgano *a quo* respecto a la contradicción de la norma cuestionada con el art. 39 CE, por lo que resulta factible apreciar en este momento procesal que la presente cuestión se encuentra notoriamente infundada, en los términos que esta expresión ha sido entendida por este Tribunal, por los motivos que pasamos a exponer.

4. El precepto cuestionado, al regular la obtención de la autorización de residencia temporal de un extranjero, formula como requisito la obligatoria carencia de antecedentes penales en España. En el análisis de tal exigencia nuestro punto de partida ha de ser la constatación de que, como señala la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y doctrina allí citada, el legislador en materia de extranjería puede, sin privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona y para garantizar el orden público interno y la integración en nuestro país, establecer requisitos para la entrada y permanencia de los extranjeros en España.

En dicho contexto regulatorio de la estancia y residencia de los extranjeros en España el precepto en cuestión persigue un objetivo legítimo vinculado directamente a razones de orden público y de protección de los derechos y libertades. La exigencia legal tampoco resulta desproporcionada con el legítimo fin que se persigue –al no sacrificar un derecho

preexistente, pues el derecho de los extranjeros a residir en España es un derecho de configuración legal que solamente surgirá si se dan los requisitos exigidos para ello— ni carece de una finalidad objetiva y razonable —ya que, como hemos dicho, con la misma se procura evitar el menoscabo del orden jurídico y social que las normas penales conforman legítimamente— ni, por último, es permanente en el tiempo, pues solamente subsiste en tanto los antecedentes penales no sean cancelados. Se trata así, como ha destacado el Fiscal General del Estado, de una limitación razonable y proporcionada que expresa la negativa del legislador orgánico a regularizar una situación fáctica en aquellos casos en los que, al merecer la conducta del interesado un reproche penal por la realización de una conducta gravemente atentatoria contra las normas básicas de convivencia social, el interés general que exige la defensa del orden público y la protección de esas normas de convivencia social han de merecer consideración preferente.

De acuerdo con lo anterior, ningún reproche cabe efectuar a su exigencia en el supuesto de autorizaciones de residencia que, como la solicitada, cabe calificar de excepcionales. En la situación de arraigo esa excepcionalidad, fundamento para conseguir un permiso de residencia en España, viene determinada por la existencia de vínculos que unen al extranjero a este país, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otra índole. Ahora bien, la existencia de tales vínculos no impone, por sí sola, la prevalencia de ese interés particular enervando los intereses públicos eventualmente concurrentes con el mismo. La exigencia de vínculos en nuestro país no permite obviar que éstos también se hacen patentes mediante el respeto a las normas de convivencia que expresan las normas penales, respeto que es el que se manifiesta en el requisito cuestionado, cuya exigencia puede así entenderse justificada además en atención a las especiales características de la autorización solicitada.

5. De esta forma, el inciso cuestionado establece un requisito que condiciona normativamente a la Administración para decidir cuándo, en atención a la conducta observada por el solicitante de la autorización, procede la concesión o denegación de la autorización solicitada a la par que permite el control jurisdiccional de sus decisiones. Por ello no es posible compartir la valoración que el órgano judicial hace de la norma que cuestiona, de suerte que se pretende articular una colisión con el art. 39 CE que no es tal, pues la referida duda no se refiere al precepto en sí, sino a la relación, implícitamente establecida en el Auto, entre las circunstancias del caso concreto planteado ante el Juez con otros preceptos de la LOEx, distintos del ahora cuestionado, los cuales impondrían al solicitante el deber legal de abandonar España.

En efecto, en el acto administrativo que se encuentra en el origen del proceso *a quo* es de apreciar la existencia de un doble contenido, contenido que responde a lo establecido en distintos preceptos de la LOEx. En primer lugar, y en directa aplicación del precepto legal cuestionado en el presente proceso, se deniega la autorización de residencia por arraigo solicitada por el demandante del proceso *a quo*. En segundo término, el acto administrativo contiene, junto a la antedicha denegación de la solicitud presentada, el recordatorio al extranjero de la existencia de normas legales [art. 28.3 c) LOEx] que determinan su obligación de abandonar nuestro país, obligación ésta, sobre la que implícitamente hace pivotar el órgano judicial su duda de constitucionalidad por sus pretendidos efectos lesivos sobre el art. 39 CE, que no viene determinada por la aplicación del precepto cuestionado ni implica consecuencia sancionadora alguna de la que se derive un efecto perjudicial para el mantenimiento de los vínculos familiares, ya que, aunque el trámite administrativo termine, como así ha sido, con un acuerdo denegatorio, ello no implica que esa denegación tenga un contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado, que es lo que distingue la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas no favorables. La denegación en vía administrativa de una autorización como la solicitada, derivada del incumplimiento de uno de los requisitos exigidos por el legislador orgánico para la concesión de cualquier visado para entrar en España o de cualquier autorización para residir, no produce, en sí misma, como consecuencia ineludible, injerencia ilegítima alguna sobre la esfera familiar del solicitante, ni, por tanto, acarrea la desprotección de la familia o la puesta en riesgo del principio de protección integral de los

hijos. Constatación de lo anterior es el hecho de que el solicitante de la autorización denegada se encuentra en la misma posición respecto al mantenimiento de vínculos familiares y al cumplimiento de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales en la que se encontraba antes de haber solicitado la autorización que ahora le ha sido denegada y lo mismo sucede, evidentemente, en cuanto al derecho del hijo menor de edad en cuanto a la convivencia con el padre. Por esa razón a la aplicación de la legalidad aquí cuestionada no puede achacársele que infrinja el necesario respeto que el art. 39 CE merece de acuerdo con el art. 53. 3 CE.

6. Resulta así que la duda de constitucionalidad se presenta ajena al ámbito objetivo del precepto que se cuestiona, pues aparece vinculada a las consecuencias que, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, se hacen derivar de la denegación de la autorización por la falta del requisito que se cuestiona. Señaladamente, aparece conectada al hecho de que, previo el correspondiente expediente gubernativo [arts. 53 a) LOEx en relación con el art. 158 del Real Decreto 2393/2004], la Administración deba, en su caso, razonar en función de las circunstancias del supuesto concreto cuál es la medida a adoptar ante el incumplimiento de los mandatos legales que determinan la imposibilidad de permanencia en España de los extranjeros que carecen de título que acredite o habilite su estancia regular en nuestro país, medida que deberá ser convenientemente motivada y sometida, en su caso, al correspondiente control jurisdiccional. Sin embargo, frente a lo afirmado por el Auto, es claro que ni del contenido del precepto, que no regula ni desarrolla aspecto alguno de la vida familiar, ni de su interpretación sistemática en el seno de la LOEx puede colegirse que el mismo vaya necesaria e ineludiblemente a producir los efectos a los que se alude en el Auto de planteamiento.

De ahí que los argumentos que sustentan la duda del Juzgado proponente de la cuestión partan de la premisa de que su aplicación ampararía actuaciones que no se han producido en el marco del proceso que ha de decidir, extrayendo una consecuencia, la eventual expulsión o salida obligatoria del territorio nacional del demandante en el proceso *a quo* y la correlativa injerencia en sus vínculos familiares, que, en todo caso, resulta por completo ajena a la regulación que se cuestiona y que, de plantearse, debería resolverse, llegado el caso, en los términos exigidos por nuestra doctrina (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; 140/2009, de 15 de junio, FJ 3; y 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4).

Así pues, es posible concluir que el inciso cuestionado no vulnera el art. 39 CE.

En virtud de todo lo expuesto el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7668-2009, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona.

Publíquese este Auto en el Boletín Oficial del Estado.

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.