

# NUEVOS TIEMPOS PARA EL ARRAIGO FAMILIAR.

José Ángel López Cabezas  
Abogado

*“El exiliado mira hacia el pasado, lamiéndose las heridas; el inmigrante mira hacia el futuro, dispuesto a aprovechar las oportunidades a su alcance”.*

**Isabel Allende.**

## **1.- INTRODUCCIÓN.**

En este artículo voy a escribir sobre un procedimiento legal de regularización asociado a movimientos migratorios. Las migraciones son procesos siempre dolorosos ya que crean situaciones de desarraigo. Cuando una persona migra pasa a ser extranjero en todas partes; en el lugar al que llega, por la diferencia en las lenguas, las costumbres, las relaciones... e igualmente en el lugar del que parte, dado que lo abandona, se desvincula. Y es tan dramático que sus descendientes seguirán siendo personas extranjeras en todas partes. Por eso, siempre me ha parecido muy curiosa la utilización legal del término “arraigo” para expresar un medio de obtención de autorización de residencia en España. Ese proceso de desarraigo se contrapesa con el arraigo legal como mecanismo de integración.

Y hablando del lenguaje y los prejuicios sociales que creamos al efecto de la migración, aparecen matices que crean el distanciamiento. En palabras de Jamal Benamar, podemos ver estos matices: *“La visión del inmigrante es pues indisociable de todo aquel que viene del tercer mundo y de todo lo que le distingue de la realidad europea: modo de vida,*

*religión, tradiciones, lengua, apellidos, color de piel, nivel de riqueza,... la noción de inmigrante parece ligada a la diferencia”.*

## **2.- REGULACIÓN LEGAL DEL ARRAIGO.**

El arraigo está regulado en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley de Extranjería) y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Reglamento de Extranjería).

La regulación de la Ley de Extranjería sobre el arraigo, ésta es muy somera y aparece recogida en el artículo 31, que hace referencia a la Situación de residencia temporal. En concreto, en el apartado 3 de dicho artículo se recoge la expresión “arraigo”:

*“Art. 31.3.- La Administración podrá conceder una autorización de **residencia temporal por situación de arraigo**, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”.*

Por lo tanto, la Ley de Extranjería tan solo recoge una referencia genérica a la posibilidad de que la Administración puede conceder autorizaciones de residencia temporal (no de larga duración) por situación de arraigo, entre otras, dado que la misma ley añade otras circunstancias excepcionales para conceder, igualmente, autorizaciones de residencia temporal, como por ejemplo las de colaboración con la justicia, por razones humanitarias u otras circunstancias excepcionales.

Por su parte, el Reglamento de Extranjería regula la figura del arraigo de una manera más extensa, pero claramente insuficiente, en concreto, dentro del Capítulo I (Residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público) del Título V (Residencia temporal por circunstancias excepcionales), en los artículos 123 a 130, encuadrándola, por tanto, dentro de la residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Por tanto, se configura el arraigo como un mecanismo más, no único, de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Respecto a la propia redacción del artículo 124 del Reglamento, define las tres circunstancias de arraigo, en concreto, los arraigos social, laboral y familiar, pero no define tampoco el concepto técnico de arraigo.

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define arraigo como “acción y efecto de arraigar”. El término “arraigar” es definido en dicho Diccionario como “echar o criar raíces” o “establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas”, lo cual, sí ya define una aproximación bastante interesante.

Ha tenido que ser la Jurisprudencia quien ha realizado dicha aportación de definición de arraigo, en concreto la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2007, que delimita el arraigo en el siguiente sentido: “*Ha de estarse por lo tanto al concepto de arraigo perfilado jurisprudencialmente. Tal criterio de arraigo se ha configurado, como la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado*”.

### **3.- EL ARRAIGO FAMILIAR. REGULACIÓN LEGAL.**

El arraigo familiar está regulado en el artículo 124.3 del Reglamento de Extranjería, en concreto con la siguiente redacción:

“3. Por arraigo familiar:

a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.

b) *Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles*”.

Por lo tanto, el arraigo familiar se puede obtener por dos supuestos diferentes.

No exige, a diferencia de los arraigos social y laboral, permanencia continuada previa en España de período de tiempo alguno, pudiendo solicitarse desde el primer día de la llegada a territorio nacional.

### **3.1.- Arraigo familiar para padres y madres no españoles de hijos e hijas españoles. ¿Quién puede ser extranjero o extranjera padre o madre de menores españoles?**

El primer supuesto regulado en el artículo 124.3.a) del Reglamento para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por arraigo familiar consiste en ser *“padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo”*.

La acreditación de ser madre o padre de menor con nacionalidad española se ha de llevar a cabo con Certificado literal de nacimiento del menor español. Pero no basta con ser padre o madre de menor español, sino que es necesario que se acredite igualmente la convivencia entre menor y padre o madre solicitante de arraigo familiar.

Si ambos conviven, se puede acreditar de manera sencilla a través del correspondiente Certificado de empadronamiento familiar, que dejará constancia de esa convivencia ya que ambos estarán empadronados conjuntamente.

Sin embargo, también es posible obtener el arraigo familiar para los supuestos en los que el padre o madre extranjero no convive con el menor de nacionalidad española. Pero para ello, habrá que acreditar el cumplimiento de las relaciones paternofiliales a través de sentencia del Juzgado de familia que recoja dichas medidas cuando no se conviva, así como acreditar el cumplimiento del régimen económico establecido con pagos de régimen de alimentos en caso de guarda y custodia exclusiva del otro progenitor.

**Pero, ¿cómo puede tener nacionalidad españoles un hijo o hija cuya madre o padre tienen nacionalidad extranjera?**

La adquisición de la nacionalidad española se regula en el artículo 17 del Código Civil que indica expresamente:

*“1. Son españoles de origen:*

*a) Los nacidos de padre o madre españoles.*

*b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.*

*c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.*

*d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.*

Las solicitudes más habituales de arraigo familiar se concretan en progenitores extranjeros en dos supuestos:

- Hija o hijo de persona española y de persona extranjera extracomunitaria en situación irregular. El menor adquiere la nacionalidad española por aplicación del ius sanguinis del artículo 17.1 del Código Civil respecto de su padre o madre españoles y habilita a su otro progenitor (ciudadano nacional de tercer país en situación irregular) a solicitar el arraigo familiar como progenitor de español.

- Hija o hijo que haya nacido en España de padre y madre no nacionales, **si ambos carecieren de nacionalidad (apátridas) o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad del artículo 17,3 CC.**

En este supuesto entrarían, en primer lugar, los **hijos o hijas de apátridas que hayan nacido en España**. Según la Dirección General de Política Interior de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior, la práctica totalidad de las solicitudes de nacionalidad española se realiza por **solicitantes saharauis**, dado que España no ha reconocido a la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) y por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de Mayo de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en recurso de Casación, entre otras, **se reconoce el estatuto de apátrida a personas refugiadas saharauis**, ya que no tienen nacionalidad española, ni marroquí, ni mauritana, ni argelina, sino saharauí y España no reconoce su propia nacionalidad, todo ello a pesar de disponer de pasaporte argelino a los únicos efectos identificativos.

Y en segundo lugar, entraría un colectivo muy importante de solicitantes en virtud del **ius soli**, o derecho del suelo que se regula, como he comentado, en el artículo 17.1.c) del Código Civil.

Así, son nacionales españoles de origen las personas nacidas en España que excepcionalmente sus padres carezcan de nacionalidad (lo comentado respecto de saharauis, apátridas para España) y aquellas personas **nacidas en España de padre o madre con nacionalidad reconocida, pero que la legislación civil de dicho país no otorga la nacionalidad de ese país a los hijos e hijas de sus nacionales nacidos fuera del mismo.**

Este supuesto de adquisición de nacionalidad se conoce como **nacionalidad por valor de simple presunción** y en concreto se trata de nacionales de los siguientes países: **Argentina, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guinea Bissau, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Santo Tomé y Príncipe y Uruguay.**

Algunos otros países aplican ius sanguinis o ius soli pero presentando particularidades. Se trata de los siguientes:

- **Ecuador:** Tienen valor las personas nacidas antes del 20 de octubre de 2008, momento en que Ecuador dejó de aplicar en su legislación nacional ius soli para aplicar ius sanguinis.

- **Marruecos:** Sólo tienen valor de simple presunción en el caso de madre (mujer) marroquí y padre de los países indicados o madre marroquí en familia monoparental, dado que el varón marroquí sí que transmite la nacionalidad a sus descendientes en caso de parejas de padre y madre marroquíes, no así para mujeres marroquíes.
- **Palestina:** La legislación palestina es muy variable dependiendo de si hay matrimonios mixtos, de transmisión de nacionalidad, según la nacionalidad del otro progenitor.
- **Venezuela:** Para el supuesto de madre de hijo nacido en España en familia monoparental.

Para la concesión de la nacionalidad española al menor, que habilita la posterior residencia por arraigo familiar, se exige que la nacionalidad de **los dos progenitores** sea de uno o varios de estos países, ya sean los dos del mismo país o combinados entre sí.

Todo ello **con el fin de evitar la apatridia de menores no nacionales que hayan nacido en España,** al no otorgársele la nacionalidad por ninguno de sus progenitores (se concede por ius soli), todo ello conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954, del que España es parte desde 24 de Abril de 1997. Se trata de adquisición de nacionalidad originaria y no derivativa.

### **3.2.- Arraigo familiar para hijos de padre o madre originariamente españoles.**

Los supuestos de la nacionalidad de origen previstos en el Código Civil son los más habituales, pero no son los únicos. Por la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, (Ley de Memoria Histórica) **también se introdujo otro supuesto de nacionalidad española de origen para los hijas, hijos y nietas y nietos de ciudadanos con nacionalidad española que emigraran debido a la guerra civil y la dictadura en España,** en los siguientes términos:

*“1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español **podrán optar a la nacionalidad española de origen** si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año.*

2. *Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio”.*

Así, si alguno de sus padres obtuvo la nacionalidad española de origen por alguno de los supuestos previstos en el Código Civil o en la Ley de Memoria Histórica, el hijo o nieto puede regularizar su situación en España a través del arraigo familiar.

En el mismo supuesto estarían los hijos de españolas que perdieron la nacionalidad española por contraer matrimonio con extranjero (casados antes del 25 de mayo de 1975) y que la recuperan con posterioridad.

#### **4.- APLICACIÓN O NO APLICACIÓN A PROGENITORES DE MENOR CON NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEL RÉGIMEN DE FAMILIAR DE COMUNITARIO, O POR EL CONTRARIO, APLICACIÓN, AL RESPECTO, DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y EL ARRAIGO FAMILIAR.**

El Reglamento de Extranjería establece que madres y padres de españoles de origen, pueden obtener la residencia por arraigo familiar. **Pero, siendo madres y padres y por tanto, familiares directos de un ciudadano español, ¿no les podría ser de aplicación el régimen comunitario del artículo 2. d) del Real Decreto 240/2007 y por lo tanto solicitar un permiso de familiar de persona ciudadana de la Unión Europea?**

Lo trascendental para el reconocimiento no es en sí la propia relación familiar, que es evidente, sino en sí, **la dependencia económica** exigida por el artículo 2 d) del Real Decreto 240/2007 para todos los supuestos excepto para cónyuge o pareja de hecho, en términos literales “*que vivan a su cargo*”. Y en pura literalidad, esto, en la práctica, es imposible, dado que quien es progenitor de menor de edad no puede estar a cargo del mismo, dado que por su propia edad no puede trabajar. En la redacción del artículo 2 lo que se regula son los ascendientes de comunitario mayor de edad con recursos suficientes (trabajo, rentas...) para que sus padres puedan vivir con él sin trabajar y a su cargo.

Hemos tenido diferentes criterios jurisprudenciales. Algunos Juzgados se han decantado a favor del reconocimiento. Dichos pronunciamientos se han basado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 19-10-2004, N° C-200/2002, en el sentido de que el artículo 18 de la Constitución Europea y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia al progenitor de menor con nacionalidad de país de la Unión Europea en dicho país donde resida con su hijo, porque si se le niega al progenitor, en esencia, se está negando igualmente al menor que es nacional de país de la Unión Europea.

Sin embargo, otras sentencias se han pronunciado en el sentido contrario, como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede Málaga, de 10 de diciembre de 2010, que llega a la conclusión contraria en los siguientes términos: *“Por otro parte, fue la ahora apelante la que, por su exclusiva voluntad, solicitó tarjeta de residencia como familiar de ciudadano comunitario (junto con exención de visado al respecto), por considerarse incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003 –art. 2.c)-. De suerte que careciendo de fundamento (porque la norma sólo prevé la aplicación de ese régimen a los ascendientes de los ciudadanos comunitarios que vivan a sus expensas y no a la inversa), lo que procedía era inadmitir la solicitud, y no conferir ningún trámite de subsanación o mejora de la misma, ex art. 71 de la Ley 30/1992, al no tener sentido o razón de ser”*.

##### **5.- NUEVOS TIEMPOS PARA EL ARRAIGO FAMILIAR: APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL SUPREMO (ASIMILACIÓN A LA FIGURA DEL PERMISO DE FAMILIAR DE CIUDADANA O CIUDADANO DE LA UNIÓN).**

Nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo ha modificado el perfil y la situación del arraigo familiar respecto de progenitores de terceros países a cargo de menores españoles así como de otros países de la Unión, perfilando una nueva figura del arraigo familiar, **un híbrido entre el arraigo familiar reglamentario y la figura jurídica del familiar de comunitario** y a pesar de no haber sido reformados reglamentariamente los artículos 124 y siguientes.

La **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del asunto Zhu y Chen, en sentencia STJUE 19 de Abril de 2004** ya reconoció a menores de edad la facultad de ejercitar el derecho a la libre circulación de personas que se desplazaban y residían en otro estado de la Unión sin realizar actividad económica. Indica expresamente: *“un niño de corta edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el derecho comunitario. La aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el derecho derivado en materia de libre circulación de las personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismos dichos derechos”*

Para ello, **se exigía disponer de un seguro médico de enfermedad con cobertura de totalidad de los riesgos en el estado de acogida**, de tal modo que no suponga carga para dicho estado.

Por tanto, **para progenitores, nacionales de terceros países de la Unión Europea, de menor nacional de otro estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España**, puede solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión por esta doctrina establecida por el asunto Zhu y Chen, siempre que acredite el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2004/38/CE de 29 de Abril de 2004 relativa al derecho de quienes ostentan ciudadanía de la Unión y sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros, en concreto, la **acreditación de disponer para sí y para su familia de un seguro de salud con cobertura de todos los riesgos en España y disponga de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social en España, sin necesidad alguna de demostrar la procedencia de dichos recursos y su legalidad**. En la misma línea, la sentencia en **asunto Alopka y Moudoulou**.

La sentencia STJUE de fecha 8 de Marzo de 2011, **en asunto Ruiz Zambrano C-34/09**, afrontó el supuesto de si la ciudadanía de la Unión confiere a ascendiente nacional de tercer estado que asume la manutención de sus descendientes menores con ciudadanía de la Unión el derecho a residencia y llega a la conclusión de que la negativa a conceder permiso

de residencia a estas personas nacionales de terceros países va contra dicha normativa comunitaria por obligar a menores nacionales a abandonar el territorio de la Unión en compañía de sus progenitores extracomunitarios, lo que viene a ser una expulsión encubierta de personas con nacionalidad de la Unión, a pesar de ser menor. En el mismo sentido, la STJUE de 15 de Noviembre de 2011 en **asunto Dereci**.

**Y para el resto de los supuestos donde no se cumplan estos requisitos de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, ha de aplicarse el arraigo familiar,** en aplicación de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo.

Con ello, se hace una interpretación muy extensiva del arraigo familiar, que se refiere específicamente a progenitores de españoles y aquí esta perspectiva se amplía a progenitores de personas con nacionalidad de países miembros de la Unión, que no se encuentra recogido en la legislación reglamentaria y legal arraigular.

Y respecto de **la residencia de los progenitores de un menor de nacionalidad española**, en este caso no hay elemento transnacional dentro de la Unión Europea que haga necesariamente aplicables las resoluciones del TFUE ni la Directiva 2004/38. Pero, el derecho de menor con nacionalidad española a residir en compañía de los progenitores no españoles ni comunitarios que se hacen cargo de él, sí que se encuentra amparado por el estatuto de ciudadanía de la UE.

Y este Estatuto, y así lo ha reconocido el TJUE en sentencia de 8 de Marzo de 2011 en el asunto C-34/09 (**asunto Zambrano**), se opone a las medidas de los países miembros que nieguen a progenitores "*que asumen la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo*".

Todo ello, porque según el TJUE si se produce la denegación se estaría produciendo una expulsión encubierta de nacional de la Unión, ya que el menor de corta edad tendría que abandonar su estado para acompañar a sus progenitores a su Estado de origen, esto es, abandonar la UE. Y concluye que para este supuesto la residencia a conceder a quienes son

padres o madres de persona con ciudadanía de la Unión, **no puede condicionarse a disponer de recursos y ha de suponer una habilitación para trabajar.**

Y esto ha sido confirmado por el TJUE de 13 de Septiembre de 2016, **con la existencia de antecedentes penales**, en el **asunto STJUE Rendón Marín**, señalando que, *“el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia al nacional de un tercer Estado, progenitor de unos hijos menores de edad, ciudadanos de la Unión y de los que tiene la guarda exclusiva, debido únicamente a que el interesado tiene antecedentes penales, cuando tal denegación tenga como consecuencia obligar a esos hijos suyos a abandonar el territorio de la Unión.”* .

De hecho, el TJUE únicamente ha reconocido el derecho a denegar la autorización indicada en los casos de que ésta pueda suponer un peligro para el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad pública, en Sentencia STJUE **asunto Tsakouridis** de fecha 23 de Noviembre de 2010, entre otras, teniendo en cuenta que *“el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el concepto de «orden público» requiere en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.*

Con todo ello, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha tenido que tomar medidas para el arraigo familiar para progenitores nacionales de terceros países de menores españoles, que no han ejercido la libre circulación por la Unión.

Y a tal efecto, se ha dictado, por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la **Instrucción 8/2020 sobre la residencia en España de progenitores nacionales de terceros países, de menores ciudadanos de la Unión, incluidos españoles, de 20 de Septiembre de 2020.**

En ella **se modifica el plazo para el arraigo familiar**, que se aplicaba conforme al artículo 130.1 del Reglamento, por el plazo de un año, entendiéndose que para este supuesto no era posible su prórroga, sino que debían solicitar, trascurrido el año, en base al artículo

202 del Reglamento, una autorización de residencia o de residencia y trabajo si se cumplían los requisitos para la misma (oferta de empleo o al menos esfuerzo de integración laboral del extranjero).

Esta limitación ya había sido superada por la jurisprudencia del TS, en sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2019, que se opone a la **imposibilidad de prorrogar la figura del arraigo familiar** entendiéndose que la autorización por arraigo familiar debe ser prorrogada siendo su plazo de vigencia “*aquel en el que perdure la situación de excepcionalidad*”.

Y esa interpretación se hace expansiva en el sentido de entender que, tanto por el objeto de la autorización (garantizar un entorno estable para la manutención y desarrollo de quienes son menores), como por la protección ofrecida frente a la expulsión, y la no discriminación a menores españoles en comparación con menores nacionales de otro Estado de la Unión residentes en España, es necesario que **el alcance de la autorización a progenitores, nacionales de terceros países, de menores de nacionalidad española deba ser análogo al de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.**

Por este motivo, además de poder renovarse los arraigos familiares, **se han de conceder, y ya se conceden, los arraigos familiares para madres y padres de ciudadano español por el período de 5 años conforme al permiso inicial para familiares de personas ciudadanas de la Unión y no por el período de un año establecido en la normativa reglamentaria arraigular.**

Desde una perspectiva de género eran muchos los supuestos de mujeres extranjeras en situación irregular que obtenían la residencia por arraigo familiar por ser madres de ciudadano español, pero que veían como el permiso que habían obtenido por el período de un año no era posible renovarlo por haberse dedicado al cuidado de su hija o hijo y no habían podido cotizar ni obtener un contrato de trabajo.

Y la misma consideración respecto de los **antecedentes penales** a los progenitores de tercer país de menor español respecto de los de menor de país miembro de la Unión, esto es, ha de considerarse si esos antecedentes penales implican una **amenaza real, actual y grave**

**para el orden público o la seguridad pública**, que sería el único supuesto en el que cabría la denegación de la autorización por arraigo familiar. Y dicha valoración ha de ser **individualizada** respecto de la solicitud concreta.

Y apoyando esta valoración, técnicamente, el artículo 124.3 del Reglamento de Extranjería que regula el arraigo familiar, en ambos supuestos no exige el requisito de acreditar la carencia de antecedentes penales, precisión que sí se realiza en los arraigos laboral y social.

En este sentido fue pionera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares con sede en Palma de Mallorca, de fecha 27 de Enero de 2015, que confirma la inexigibilidad de la exigencia de acreditación de antecedentes penales para el arraigo familiar, indicando expresamente lo siguiente:

*“Por lo tanto es un criterio establecido de esta Sala que en los supuestos de permiso de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, que no en los supuestos de arraigo laboral y social, los antecedentes penales vigentes no constituyen un obstáculo para la concesión del permiso. Y debemos reafirmarnos nuevamente en ese criterio y es que es claro que el artículo 31-3 de la LO 4/2000 remite para los supuestos excepcionales a la disposición reglamentaria. Y el Reglamento de Extranjería separa los supuestos de residencia temporal regulando la situación general en el Título IV y en el V los supuestos excepcionales entre los que detalla los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público.*

*Y en el artículo 124 incluye tres clases de arraigo, el laboral en el apartado 1, el social en el apartado 2 de dicho artículo y el familiar en el apartado 3. Tanto en el apartado 1 como en el apartado 2 en ambos casos se exige que no haya constancia de antecedentes penales. Sin embargo en el apartado 3 nada dice al respecto y como ya decíamos en la Sentencia nº 22 de 28 de enero de 2015 ello es así porque ese extranjero con antecedentes penales vigentes, padre de un menor de nacionalidad española, si tuviera que salir forzosamente del país arrastraría a su hijo menor de edad y ciudadano pleno de la UE a*

*tener que salir y abandonar el país del cual es nacional, por estar supeditado a la patria potestad de aquel y ello es contrario al artículo 20 del Tratado de la Unión Europea”.*

Y muy recientemente, **se ha dictado Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2021**, que ratifica lo ya indicado en la Sentencia del propio Tribunal Supremo de fecha 27 de Mayo de 2019, confirmando la posibilidad de reconocer el derecho de la recurrente a que se resuelva la solicitud de prórroga de arraigo familiar si en el momento de dicha solicitud persistían las circunstancias para la concesión del arraigo familiar, basando dicho fallo en *“la protección jurídica que al menor dispensa nuestro ordenamiento jurídico ... y el derecho de la Unión ... como así se infiere de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2011 (caso Ruiz Zambrano),... y ello con apoyo esencial en su fundamento 44, del siguiente tenor: "En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta.”*

## **6.- CONCLUSIONES.**

Estos impulsos en el ámbito del arraigo familiar y las sustanciales novedades en el arraigo laboral sobre el modo de acreditar la existencia de relación laboral de seis meses que ha producido una avalancha de solicitudes por ese motivo, nos hace llegar a la conclusión de que es el momento de modificar la normativa y afrontar con seriedad legislativa la figura del arraigo, especialmente los arraigos familiar y laboral.

Es el momento de una nueva ley de extranjería, porque de una mala ley no puede salir un buen reglamento. Y de un mal reglamento no puede obtenerse justicia social.