



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-MJOT

Nº expediente: **07016036**

Sr. D.
ALEJANDRO PEÑA PEREZ
C/ #####
11500 EL PUERTO DE SANTA MARIA
CADIZ

EL DEFENSOR DEL PUEBLO
REGISTRO

SALIDA
10/09/07 - 07048602

Estimado Sr.:

Se ha recibido en esta Institución su atento escrito que, como usted sabe por el recibo que en su día se le envió, ha sido registrado con el número arriba indicado.

Una vez estudiada su queja, se admite a trámite al entender que reúne los requisitos formales establecidos en el artículo 54 de la Constitución en relación con lo que dispone la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, por lo que se ha considerado necesario, tras analizar el contenido de la documentación que adjunta, formular una recomendación a la Dirección General de Inmigración, realizando las siguientes precisiones:

En primer lugar, tras la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el 8 enero 2007, desestimando el recurso interpuesto contra varios preceptos del Real Decreto 2393/2004, es claro que la relación de supuestos que regula el artículo 45 del citado Real Decreto para la concesión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no puede considerarse exhaustiva, pudiendo aplicarse directamente el mandato del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000. Consecuencia lógica de la anterior interpretación es que la Administración habrá de valorar los conceptos de arraigo y razones humanitarias, en cada caso concreto, a la luz de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que viene delimitando desde hace años qué ha de entenderse por tales conceptos.

Pues bien, respecto al concepto de arraigo el Tribunal Supremo considera acreditada su existencia cuando la persona afectada demuestra que tiene intereses familiares, sociales o económicos en nuestro país. Por todas, cabe invocar la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de julio de 2002. En las numerosas resoluciones judiciales del Tribunal Supremo dictadas en la materia es constante el criterio de entender como razón excepcional, que ha de ser tenida necesariamente en cuenta por la



Administración a la hora de valorar el arraigo del extranjero en nuestro país, la existencia de hijos menores de edad de nacionalidad española.

A juicio de esta Institución, la protección jurídica de la familia como principio rector de nuestra vida política social ha de llevar necesariamente a la Administración a valorar, con carácter general, que la existencia de un menor de edad español, hijo de un ciudadano extranjero que se encuentra en España en situación documental irregular constituye *per se* una circunstancia excepcional (STS 14 de enero de 1997, STS 1 de diciembre de 2003, ambas de la Sección 6ª, y STS de 26 de enero de 2005 de la Sección 5ª). La protección integral de la familia, y muy especialmente la de los menores, tiene como lógica consecuencia que los poderes públicos queden obligados a garantizar la posibilidad de que el menor pueda convivir con sus progenitores, entendiendo, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen es el entorno más adecuado para el desarrollo de su personalidad, salvo que no sea conveniente para su superior interés.

Por tanto, a priori el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con sus padres, derecho que, tal y como señala el Tribunal Supremo, en la Sentencia citada de 26 de enero de 2005: “es un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., art. 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; art. 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; art. 154, que impone a los padres el deber [y les reconoce el derecho] de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.)”. Todo esto ha de entenderse dejando a salvo, obviamente, los supuestos de privación de patria potestad y aquellos en los que quede debidamente acreditado que el progenitor se ha desentendido de los deberes propios de su condición.

La negativa de la Administración a documentar al progenitor extranjero de un menor de edad español, coloca al primero en una situación de irregularidad documental que podría ser sancionada con la expulsión de territorio nacional. Es preciso recordar que el ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. Sin embargo, la expulsión de territorio nacional de los padres de un español supone una expulsión de su implícita de su hijo menor, que es español, o bien es, conforme señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005: “una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca



ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español los derechos y su madre no tenga ninguno y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero solo y separado de su madre”.

La cuestión ha de examinarse también en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como en el de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Desde la entrada en vigor del Reglamento CEE nº 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, va configurando un derecho a la vida familiar que se sitúa dentro del ámbito de los derechos fundamentales, de muy amplio calado para los ciudadanos comunitarios que ejercen el derecho a la libre circulación y para sus familiares y de alcance más limitado para los extranjeros residentes y sus familias. Tanto los derechos de libre circulación y residencia como el derecho a la vida familiar están consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que deben ser integrados como principios generales del Derecho comunitario con la vocación de ser aplicados a toda aquella persona que, independientemente de su nacionalidad, resida legalmente en el territorio de la Comunidad Europea. En ese sentido, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que la denegación del derecho de residencia a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho a la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio, si no cumple “los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00).”

En esa misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de octubre de 2004, caso Chen, reconoce el derecho de residencia de la madre, nacional de tercer Estado, de una menor de edad, que ostenta una nacionalidad comunitaria, que reside en otro Estado miembro. Los efectos de la citada sentencia han de ser tenidos en cuenta, a juicio de esta Institución, en la solución que adopte la Administración española en los supuestos de menores españoles hijos de ciudadanos extranjeros en situación documental irregular, aunque no exista a priori punto de conexión con el Derecho comunitario, al no haber ejercido el menor español su derecho a la libre circulación y residencia. Sin embargo, en el presente caso y en virtud de la necesaria igualdad de trato, proclamada en el artículo 14 de la Constitución en



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-MJOT

Nº expediente: **07016036**

relación con el 19 de la misma, es de aplicación lo previsto en la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, que anuló varios preceptos del hoy derogado Real Decreto 178/2003 cuando señala que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles.

Por tanto, sí en aplicación de la doctrina citada en la Sentencia de 19 de octubre de 2004 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, España debe conceder una autorización de residencia, al nacional de tercer Estado que se encuentre en nuestro territorio en situación documental irregular acompañado de su hijo, menor de edad, que ostente la nacionalidad de cualquier Estado de la Unión Europea y haya ejercido su derecho a la libre circulación y residencia; constituye una exigencia de estricta justicia tratar, al menos, del mismo modo al progenitor extranjero del menor de edad español, con independencia de que éste último haya ejercido o no su derecho a la libre circulación y residencia dentro de la Unión Europea. De no hacerlo así, estaremos, a criterio de esta Institución, ante un supuesto claro de discriminación del menor de edad español hijo de ciudadano extranjero en situación documental irregular en relación al menor de edad ciudadano de la Unión Europea que se encontrase en España en la misma situación que el menor de edad español.

Es preciso también, recordar que en el caso en litigio, el Tribunal advertía a Reino Unido, que no podía oponer que la estancia del progenitor en Irlanda estuviera expresamente dirigida a permitir que el niño que iba a nacer adquiriera la nacionalidad irlandesa. Esa circunstancia, no habilitaba al Reino Unido a denegar la solicitud de un permiso de residencia a la menor, pues contravendría la jurisprudencia consolidada del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a que los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad son competencia de cada Estado miembro y un Estado miembro no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro. Tampoco tenía relevancia para el Tribunal el hecho de que la menor de edad no dispusiera ella sola, de recursos suficientes, puesto que el Derecho comunitario no establecía ninguna exigencia en relación con la procedencia de dichos recursos, máxime cuando las disposiciones que consagran un principio fundamental deben interpretarse en un sentido amplio.

Sobre el derecho de residencia de la madre de nacionalidad china de la menor, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas realiza la interpretación más novedosa y avanzada hasta ahora respecto al reconocimiento del derecho a vivir en familia, al considerar que el Derecho comunitario garantiza



a los ascendientes del titular de un derecho de residencia que estén a su cargo el derecho a instalarse con él. Sin embargo el titular del derecho de residencia debía garantizar los recursos necesarios para la subsistencia del ascendiente. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no puede invocar el ascendiente el derecho de residencia en virtud de esta norma al encontrarse en la situación inversa. Sin embargo, el Tribunal declara que denegar a la ascendiente el permiso para residir con su hija en el Reino Unido privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de esta última. Al tratarse de una niña de corta edad, para que la ciudadana comunitaria pueda disfrutar del derecho de residencia, debe tener derecho a ser acompañada por su madre, nacional de tercer Estado, que es la persona que se encarga de su cuidado. Argumento este último, que, por todo lo anteriormente expuesto, es, a juicio de esta Institución de plena aplicación a los progenitores extranjeros en situación documental irregular de menores de edad españoles.

Discrepa asimismo esta Institución de la interpretación realizada por esa Dirección General de los efectos de la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción, cuando dice: “el vigente Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 prevé un supuesto de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales claramente conectado con la existencia de vínculos familiares en España, y que es la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razón del denominado arraigo social (art. 45.2.b del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000), sobre el cual y en relación con el supuesto planteado se señala que cabrá entender cubierto el requisito de acreditación de existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes ante la presunción de nacionalidad del menor inscrito en el Registro Civil español, en relación con sus progenitores, en tanto dicha presunción se mantenga”.

En ningún caso, a juicio de esta Institución, podrá asimilarse la situación de una menor de edad española, siquiera haya sido su nacionalidad declarada con valor de simple presunción, a un extranjero residente legal, a los efectos de lo previsto en el artículo 45.2 b del Real Decreto 2393/2004. De conformidad con lo previsto en el artículo 96.2 de la Ley del Registro Civil así como los artículos 335 y siguientes de su Reglamento, la nacionalidad española de origen, anotada al margen de la certificación de nacimiento en cumplimiento de lo ordenado por una resolución del Encargado del Registro Civil, no puede ser puesta en duda por la Administración, mientras no existan pruebas en contrario, y lógicamente tras la sustanciación del preceptivo procedimiento, actuaciones todas ellas que exceden de las facultades de la Subdelegación o Delegación del Gobierno encargada de tramitar una solicitud de residencia por circunstancias excepcionales que se refiere a familiares de residentes legales, concepto este incompatible por su propia naturaleza, con ostentar la nacionalidad española de origen, insistimos, por más que ésta se disfrute con valor de simple presunción.



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-MJOT

Nº expediente: **07016036**

Por todo lo anterior, esta Institución discrepa de la posición mantenida por esa Dirección General en su escrito de fecha 17 de abril de 2007, que entiende que ser progenitor de menor de edad español no es una circunstancia excepcional que deba ser tenida en cuenta, así como por asimilar a los menores de edad con nacionalidad española de origen con valor de simple presunción, a un extranjero residente legal.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha considerado necesario dirigir a la Dirección General de Inmigración la siguiente RECOMENDACIÓN:

"Que se impartan instrucciones a todas las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para que procedan a admitir a trámite y tramitar las solicitudes de tarjeta de residencia por circunstancias excepcionales solicitadas por progenitores extranjeros en situación documental irregular de menores de edad españoles, entendiéndose que la citada circunstancia es suficiente a los efectos del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, sin necesidad de alegar que el interesado se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004."

Tan pronto obre en poder de esta Institución el preceptivo informe que dicho organismo ha de remitirnos, se le dará traslado del mismo.

Agradeciéndole la confianza que deposita en esta Institución, le saluda cordialmente,

Maria Luisa Cava de Llano y Carrió

El presente documento es una copia fiel de un documento firmado electrónicamente con certificado personal reconocido de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre y custodiado y tratado, según la Ley Orgánica de Protección de Datos, en los sistemas de información de la Institución del Defensor del Pueblo. Esta información puede ser verificada conforme a los términos establecidos por la legislación vigente.