

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n

Tel.: 951-93-92-75 Fax: 951-93-91-75

N.I.G.: 2906745020110000139

Procedimiento: Procedimiento ordinario 21/2011. Negociado: NG

Recurrente:

Letrado: **JOSE LUIS RODRIGUEZ CANDELA**

Procurador:

Demandado/os: **COMISARIA DE POLICIA DE VELEZ MALAGA**

Representante: **SR. ABOGADO DEL ESTADO**

Letrados: **SR. ABOGADO DEL ESTADO**

Procuradores:

Codemandado/s:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido: **VIA DE HECHO COMISARIA DE POLICIA NACIONAL DE TORRE DEL MAR.**

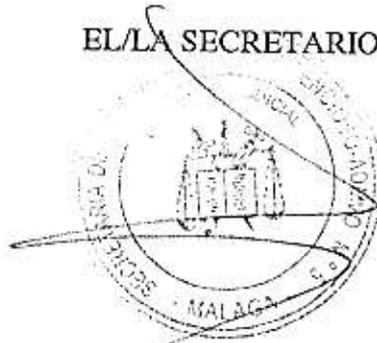
CEDULA DE NOTIFICACION.-

En el recurso contencioso-administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

NOT. SENTENCIA 25/10/11.

Y para que sirva de notificación a quien figura al pie de esta cédula, extendo la presente en Málaga, a 25 de octubre de dos mil once.

EL/LA SECRETARIO



**LETRADO JOSE LUIS RODRIGUEZ CANDELA PL.TOROS VIEJA Nº 7,
EDIFICIO ALSINA SUR, 2, 1º A MALAGA**

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n

Tel.: 951-93-92-75 Fax: 951-93-91-75

N.I.G.: 2906745020110000139

Procedimiento: Procedimiento ordinario 21/2011. Negociado: NG

Recurrente:

Letrado: JOSE LUIS RODRIGUEZ CANDELA

Procurador:

Demandado/os: COMISARIA DE POLICIA DE VELEZ MALAGA

Representante: SR. ABOGADO DEL ESTADO

Letrados: SR. ABOGADO DEL ESTADO

Acto recurrido: VIA DE HECHO COMISARIA DE POLICIA NACIONAL DE TORRE DEL MAR.

SENTENCIA

Nº 519/2011

En Málaga, a veinticuatro de octubre de dos mil once

Visto, por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga y provincia, don Santiago Macho Macho, el recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento ordinario nº 021/1011, seguido para conocer de la demanda del Letrado Sr. Rodríguez Candela, en nombre y defensa de don _____, que en actúa en nombre de su hija menor doña _____, frente vía de hecho imputada a la COMISARÍA DE LA POLICÍA NACIONAL de Torre del Mar; representa y define a la Administración el Abogado del Estado.

Interviene el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso es interpuesto el 10 enero 2011, siendo turnado a este Juzgado el siguiente día, y admitido a trámite con resolución del 26 enero 2010, una vez otorgada la representación apud acta.

En la demanda, una vez expuestos cuantos hechos y fundamentos son tenidos por oportunos, que aquí debe darse por reproducido, es pedida sentencia que obligue a la demandada a cesar en la vía de hecho y proceda a emitir el DNI a la menor _____, y todo ello con expresa condena en costas a la administración recurrida.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la Administración demandada para contestar a la demanda, lo hace con escrito, que aquí debe darse por reproducido, donde pide sentencia que desestime el recurso.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal presenta informe, que aquí debe darse por reproducido, donde pide sentencia que estime el recurso n tanto que, en su caso, recaiga resolución judicial en que se acuerde que la menor no tiene nacionalidad española..

TERCERO.- Pedido y recibido el pleito a prueba, una vez practicadas las pruebas unidas a los respectivos ramos, son puestos de manifiesto a las partes presentando escrito de conclusiones, y quedando los autos para sentencia con resolución cuyos desguardos de notificación son unidos mediante diligencia de hoy.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto material del presente recurso contencioso-administrativo es determinar si existe la vía de hecho que la parte recurrente imputa a la Administración, por negarse la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía en Torre del Mar, a expedir el DNI a la menor doña [redacted], con el consiguiente, en su caso, reconocimiento de la situación jurídica individualizada en los términos pedidos, es decir, que sea expedido el DNI.

La parte recurrente alega, en síntesis:

-En varias ocasiones el padre de la menor ha acudido a la comisaría de policía de Torre del Mar, a fin de que le sea expedido el DNI a la menor, a lo que no solo se han opuesto, sino que incluso le retiraron la certificación original expedida para emitir el DNI, que como se sabe es única, art. 14 del RD 196/76 y ello sobre la base de que el auto es erróneo, ya que Nicaragua reconoce a los hijos de Nicaragüenses nacidos en el exterior y que tienen instrucciones de la Dirección general de la Policía de no expedir el DNI en esos casos, pese a los autos judiciales. En el expediente administrativo obra, que siguiendo un protocolo de la UDE (Unidad Central de Documentación de Españoles y Archivos), se dejan designados los archivos de este organismo a los oportunos efectos probatorios, no se emitirá el DNI dando traslado al Ministerio Público para que en su caso impugne la concesión.

Esa actuación suponía una vía de hecho que fue denunciada de inmediato, según obra en el documento nº 1 que se adjuntó con la interposición, donde solicitábamos el cese de la misma y el otorgamiento del DNI.

Pasados 10 días sin que eso haya ocurrido nos vimos en la necesidad de interponer este recurso contencioso administrativo para solicitar el cese de esa vía de hecho y la emisión del DNI a la menor española.

-Una vez ha sido reconocida la nacionalidad española con valor de simple presunción de la menor [redacted] y estando el auto judicial debidamente inscrito, de conformidad con el artículo 9 de la LO 1/92 de 21 de Febrero de Seguridad Ciudadana, la misma tiene derecho a que se le expida el Documento Nacional de Identidad, suponiendo cualquier obstáculo un incumplimiento de dicha normativa por parte de la administración, que vemos como también puede ser y de hecho en este caso lo ha sido, infractora de dicha normativa. La negativa a expedir el DNI supone de facto la vulneración del derecho a abandonar España, art. 19 de la CE, pues es un documento imprescindible para ello, art 10.1 de la ley 1/92. El art. 4.1 b) del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características exige presentar el DNI para la expedición del mismo. Por ello se ha producido una vulneración de un derecho fundamental que desde este momento dejamos denunciado.

Según el art. 1 RD 196/76, según reforma operada por el RD1245/85, el DNI es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, de la que se está privando a mi mandante. Además, según el artículo 1 y 3, solo puede ser retirado por los mismos motivos que el pasaporte, es decir los del artículo 2 y 6 del RD 896/2003 antes citado, es decir el haber sido condenado o por decisión de la autoridad judicial o en los estados de excepción alarma o sitio y evidentemente el conflicto de los controladores aéreos no afecta a este supuesto. También y según el RD 196/76, en su disposición adicional 1ª, el DNI sirve para determinar aparte de la identidad de su titular y sus datos personales, la nacionalidad de su titular y de todo ello se está

privando a mi mandante.

La excusa de que el auto judicial es erróneo, además de suponer un desconocimiento del derecho, roza la desobediencia, ya que nuestra normativa prevé instrumentos para rectificar las inscripciones registrales, pero por supuesto no por la vía de hecho de un funcionario de policía, sino por medio del ministerio público y tras la correspondiente sentencia judicial, art. 92 de la ley del Registro Civil. No puede erigirse en autoridad judicial el agente de la autoridad y decidir que la inscripción de la nacionalidad no es correcta y sobre esa base negarse a expedir el DNI. Lo mas que puede hacer es poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si quiere iniciar un procedimiento de rectificación y entre tanto, dar cumplimiento a la resolución judicial expidiendo el DNI.

El Abogado del Estado alega, en síntesis:

-El 5 de septiembre de 2010 se persona en las oficinas del DNI de esta Comisaría el ciudadano Nicaragüense solicitando la expedición del DNI a su hija aportando una certificación Literal de Nacimiento del Registro Civil de Nerja (Málaga) con una nota marginal de nacionalidad española con valor de simple presunción.

Conforme al protocolo que marca la Unidad Central de Documentación de Espanoles y Archivos al comprobar que la nacionalidad de los padres de la menor es nicaragüense se remite para consulta dicha documentación a la citada Unidad.

Con fecha 20 de septiembre del citado año se recibe respuesta de la citada Unidad en la que se declara improcedente la nacionalidad española de la menor y que se remite el expediente al Ministerio Fiscal lo que se comunica al Sr. Espinosa

Con fecha 15 de septiembre de 2010 la UDEA remitió a la Fiscalía de Málaga el expediente relativo a la menor.

-Como indica la Exposición de Motivos la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en su artículo 9, reconoce el derecho de todos los españoles a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, al que se atribuye el valor suficiente para acreditar, por sí solo, la identidad de las personas y le otorga la protección que a los documentos públicos y oficiales es reconocida por el ordenamiento jurídico. La misma norma dispone la obligatoriedad del Documento Nacional de Identidad para los mayores de catorce años, salvo en los supuestos en que, conforme a lo previsto en la Ley, haya de ser sustituido por otro documento, y establece también que en el mismo figurarán la fotografía y la firma del titular, así como los datos personales que se determinen reglamentadamente. En cuanto a la competencia para su expedición y gestión, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atribuye al Cuerpo Nacional de Policía, la de la expedición del Documento Nacional de Identidad, al recogerla expresamente entre las funciones que encomienda a este Instituto Policial, el cual la misma Ley dispone que dependerá del Ministerio del Interior.

Desde luego, la actuación administrativa impugnada ha sido realizada por el órgano competente según lo indicado.

Debe tenerse en cuenta que pretende la actora la expedición de un DNI para una menor de catorce años cuando ese documento no es obligatorio según el Real Decreto citado

anteriormente.

-En el apartado tercero de la demanda se indica que la excusa de que el auto judicial es erróneo roza la desobediencia. En primer lugar, no se aportado ningún auto judicial expedido por el Registro Civil de Torrox como se señala en el hecho primero de la demanda sino un certificado de nacimiento en el que aparece un sello del Juez de Paz encargado del Registro Civil de Nerja (recuerdo que Nerja, lugar de nacimiento de la menor no es cabeza de partido judicial). En ese sello al que el actor le da el valor de auto se indica que se da a la nacionalidad española de la menor lo es en valor de simple presunción según un auto del Juzgado de Torrox.

Los funcionarios de la oficina del DNI de Vélez Málaga no se han erigido en autoridad judicial sino que han puesto los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal tal como consta en el expediente administrativo.

En este sentido, obra en el expediente administrativo la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 2007 publicada en el BOE de 10 de abril de 2007 en cuya exposición de motivo comienza muy elocuentemente:

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido conocimiento a través de la comunicación procedente de la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, así como de otras comunicaciones procedentes de diversos órganos registróles de la existencia de la aprobación irregular o indebida por parte de los Encargados de algunos Registros Civiles de expedientes registrales tramitados con objeto de obtener declaraciones de nacionalidad española con el valor de simple presunción.

En la Instrucción la Dirección General de los Registros y del Notariado señala en su apartado primero que:

Conforme al artículo 17 n^o 1 del Código Civil son españoles de origen '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.

En el anexo apartado Segundo de la Instrucción señala que:

Por el contrario no son españoles "iure solí" por corresponderles "iure sanguinis" la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España de hijos de:

p) Nicaragüenses (5-5S de noviembre de 2004; 17-3 de enero de 2006).

La negativa de la UDEA y la remisión al Ministerio Público del asunto obedece por tanto al contenido de la Instrucción antes transcrita y a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros citadas y acompañadas a la misma.

A mayor abundamiento, y como el derecho extranjero debe probarse, se acompaña a esta contestación la Ley de Nacionalidad Nicaragüense de 4 de junio de 1992 en la que se señala en su artículo 3 que son nacionales:

2) Los hijos de padre o madre nicaragüense.

Obviamente existe un supuesto de imposibilidad manifiesta para la expedición del DNI solicitado como es que la menor solicitante, que según el certificado de nacimiento tiene la nacionalidad española con valor de presunción, es nicaragüense de origen y que, tal como se señala en la Exposición de Motivos de la Instrucción todos los indicios apuntan a que la tramitación de expediente de nacionalidad con valor de presunción ha sido irregular.

Así, la Instrucción citada señala en su apartado sexto que:

Es un principio básico de la legislación registra I civil (cfr. Arts. 24 y 26 LR.C y 94 R.R.C.) el de procurar lograr la mayor concordancia posible entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral. En desarrollo de este principio se ha indicado repetidamente por la doctrina de este Centro Directivo que, mientras subsista ese interés público de concordancia, no juega en el ámbito del Registro Civil el principio de autoridad de cosa juzgada, por lo que es posible reiterar un expediente sobre cuestión ya decidida si las nuevas actuaciones tienen su fundamento en hechos descubiertos posteriormente. Por eso ha de ser posible que, de oficio o por iniciativa del Ministerio Fiscal, o de las autoridades de la Dirección General de la Policía, con ocasión de la expedición del D.N.I., o de cualquier interesado, y con intervención en todo caso del Ministerio Público, se inicie de nuevo expediente para declarar con valor de presunción que a los nacidos les corresponde o no les corresponde la nacionalidad española.

Por tanto, la no expedición del DNI se apoya no en el capricho o la mera arbitrariedad administrativa sino en la Instrucción citada, las Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el propio derecho nicaragüense, a lo que se añade que el DNI no es obligatorio para los menores de catorce años (la solicitante cumplió dos años el pasado 3 de abril).

Por tanto, considera esta parte que no se dan los presupuestos para considerar que la actuación administrativa es constitutiva de vía de hecho.

El Ministerio Fiscal informa, en síntesis:

-Del expediente administrativo se deduce la existencia de una nota marginal en la inscripción de nacimiento de la menor en el Registro Civil de Nerja, en la que en virtud de auto de 22-3-10 del encargado del Registro Civil de Torrox (Juez de Primera Instancia e Instrucción), dictado en el expediente 12/10, se hace constar la nacionalidad española de origen con valor de simple presunción de esa menor.

Según se recoge en la propia contestación a la demanda, la expedición de DNI puede efectuarse a los españoles menores de 14 años aunque no sea obligatorio.

Asimismo en el expediente administrativo se aporta copia de la instrucción de 28-3-2007 de la D.G.R. y N. Del contenido de dicha instrucción se desprende (directrices sexta y séptima), que lo que la misma expone no es sino la necesidad de promover un nuevo expediente para la cancelación en el Registro Civil de esa anotación por el órgano competente para ello (el juez encargado de dicho registro).

Pero en tanto no se produzca esa resolución judicial no cabe negar la validez de esa anotación.

SEGUNDO.- Consta al ramo de prueba de la actora certificación literal de nacimiento expedida por Registro Civil de Nerja (Málaga), referente al nacimiento el 3 abril 2009 de hija de padres nacionales de Nicaragua, figurando en la marginal anotación que es practicada por auto de 22 marzo 2010 del Juez encargado del Registro Civil de Torrox con resolución de fecha 22 de marzo de 2010, por la que se concede a la misma la nacionalidad española de origen; siendo la marginal realizada el 9 junio 2010.

Al mismo ramo es incorporado testimonio del auto que dispone "Procede declarar la

NACIONALIDAD ESPAÑOLA de origen con valor de simple presunción de inscripción marginal en el acta de inscripción de nacimiento de la misma obrante al tomo 94 pagina 335 de la sección Ia del Registro Civil de Nerja, una vez sea firme la presente resolución”

En el mismo ramo consta que la Subdirección Genral de Gestión Económica, Técnica y Documental, Unidad Central de Documentación de Españoles y Archivos de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil, mediante oficio de 15 septiembre 2010 instó a la Fiscalía “De acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 2007, concretamente en el anexo 2, apartado (p) establece que no son españoles iure soli los nacidos en España, hijos de padre o madre de nacionalidad nicaragüense, por lo que esta Unidad solicita de esa Fiscalía, que acorde a las directrices sexta y séptima de la invocada Instrucción, proceda a la cancelación de la citada resolución con arreglo al procedimiento establecido en el Reglamento de Registro Civil”

En el infomre de la Comisaría Local de Vélez-Málaga del Cuerpo Nacional de Policía de 8 febrero 2011, unido al expediente, se dice “El 5 de septiembre de 2010, se persona en las oficinas del DNI de esta Comisaría, el ciudadano Nicaragüense solicitando la expedición del DNI a su hija aportando una Certificación Literal de Nacimiento del Registro civil de Nerja (Málaga), con nota marginal de nacionalidad española con valor de simple presunción (Documento UNO). ... Conforme al protocolo que marca la UDEA (Unidad Central de Documentación de Españoles y Archivos), al comprobar que la nacionalidad de los padres de la menor es Nicaragüense se remite para consulta dicha documentación a la citada Unidad (Documento DOS). ... Con fecha 20 de septiembre del citado año se recibe respuesta de la citada Unidad en la que se declara improcedente la nacionalidad española de la menor y que se promueve expediente al Ministerio Fiscal, lo que se comunica al interesado (Documento TRES). ... El 20 de Diciembre el Señor presenta en esta Comisaría recurso sobre la citada contestación de la UDEA, recurso que es remitido por esta Comisaría a la misma (Documento CUATRO Y CINCO). ... El 11 de enero de 2011, se recibe escrito de la UDEA, en respuesta al citado recurso, en el que se manifiesta que es la fiscalía la que debe de decidir si procede o no a la cancelación de la nacionalidad española, de ello se le da traslado al interesado, a la espera de lo que decida Fiscalía. (Documento SEIS y SIETE). ”

TERCERO.- Conforme está firmemente arraigado en la doctrina y jurisprudencia, vía de hecho no es toda trasgresión del orden jurídico, dado que la misma pertenece exclusivamente al mundo de las formas, nunca del fondo de los asuntos. Por lo que la calificación se reserva a las actuaciones materiales carentes de los necesarios soportes jurídico-formales, competencia y procedimiento, que indefectiblemente han de concurrir para que la actuación material pueda ser reputada legítima. Se trata de vicios formales comprobables e indiscutibles, vicios externos, no a la entraña jurídico-material de los asuntos por burdas que fueren las interpretaciones o soluciones dadas a un supuesto de hecho determinado, que podrá ser fiscalizado por los medios ordinarios llamados a controlar la invalidez de los actos en su plano sustancial.

De ahí se ha dicho que resulta próxima al concepto de vía de hecho la idea de “atropello”, de actuación material realizada por la Administración desprovista de su poder, deslegitimada por su

burdo proceder; actuación rebajada, pues, a la condición de pura "ocurrencia de funcionarios".

Al caso, pedia la expedición del DNI a una menor, inscrita como española en el Registro Civil, por auto judicial que no consta haya sido revocado, la Administración, de facto, sin adoptar decisión que sirva de fundamento, ha estimado oportuno esperar a que se decida la impugnación que al efecto a interesado de la Fiscalía. Es decir, de hecho, ha acordado una medida cautelar, sin que tenga habilitación en Ley alguna, que limita un derecho, lo que hace inexcusable la existencia de la Ley, sin que al efecto sirvan Instrucciones internar que, en cuanto tales, ni siquiera forman parte del ordenamiento jurídico, el de una ciudadana a que se le expida el DNI, derivados de un auto judicial que reconoce la nacionalidad española, que haya resuelto bien o mal, en tanto subsista la Administración debe cumplir sin posibilidad alguna de eludir su cumplimiento.

Por tanto, la actuación administrativa es constitutiva de vía de hecho.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Estimo el presente recurso contencioso-administrativo interpuestos en nombre de don _____, que en actúa en nombre de su hija menor doña _____, debiendo la Administración demandada a cesar en la vía de hecho y proceda a emitir a la menor DNI.

Cada parte cargará con sus propias costas.

Deposítese en Secretaria previo testimonio en autos.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, a presentar en este Juzgado en quince días.

Para la admisión del recurso deberá acreditarse la constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de BANESTO nº 2364 con indicación en el apartado "concepto" del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, seguido del código "22", de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita

Así lo acuerdo y firmo.

PUBLICACIÓN: Dada y publicada la anterior Sentencia, estando el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha, doy fe.