

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1

Salamanca

Procedimiento Abreviado n° 475/2008

SENTENCIA n°29/10

En Salamanca, a veintinueve de Enero de dos mil diez.

María Teresa Alonso de Prada, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso n° 1 de Salamanca y su provincia, ha visto el presente recurso contencioso administrativo -**Procedimiento Abreviado n° 475/2008-**, contra la Resolución del Delegado de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de fecha 2-10-2008 que deniega expresamente la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales y desestima presuntamente la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, seguido ante este Juzgado, entre partes: como recurrente, representado y defendido por el Letrado D. Patricio Sánchez Cortés; y como demandada, la **Subdelegación de Gobierno en Salamanca**, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; que versa sobre denegación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales y de la autorización de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En fecha 1-12-2008 tuvo entrada en este Juzgado, procedente del Decanato, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca de 2-10-2008 que deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales primeramente instada por el recurrente, ciudadano extranjero y que desestima presuntamente la solicitud de expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que con posterioridad, durante el curso del expediente administrativo, instó el actor. En referida demanda, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada, anulándose la misma y se dicte una sentencia concediendo la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias con imposición de las costas procesales a la Administración.

NOTIFICAR A: LETRADO. PATRICIO SANCHEZ
CORTES.

demandada. Subsidiariamente se solicita se dicte sentencia por la que se conceda la autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión conforme al RD 240/2007. Subsidiariamente se solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento de la solicitud, para que la administración resuelva en base al Real Decreto 240/2008.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, fue reclamado el expediente administrativo y convocadas las partes para la celebración de la comparecencia prevista en la Ley que se señaló para el día 10-11-2010.

TERCERO.-El día señalado comparecieron los letrados de las partes reseñados en el encabezamiento de esta sentencia; el letrado de la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba y el Sr. Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración demandada se opuso a la demanda en base a las alegaciones que estimó oportunas, interesando su desestimación previo recibimiento del juicio a prueba. Recibido el pleito a prueba, se comenzó la práctica de las que propuestas por las partes fueron admitidas, suspendiéndose el juicio a fin de practicar prueba documental solicitada con carácter anticipado y admitida, señalándose nuevamente para el día 19-01-2010, continuándose la comparecencia este día en el que se puso de manifiesto a las partes la documental recibida y se concedió el trámite de conclusiones en el que las partes sostuvieron sus puntos de vista y solicitaron de este Juzgado se dicte una sentencia de conformidad con sus pretensiones, declarando la Juzgadora el juicio concluso para dictar sentencia.

CUARTO.-La cuantía del recurso ha quedado fijada como indeterminada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca de 2-10-2008 que deniega expresamente la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales primeramente instada por el recurrente, ciudadano extranjero y desestima presuntamente la solicitud de expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que con posterioridad, durante el curso del expediente administrativo, instó el actor. Pretende el actor la nulidad de la resolución impugnada y que se le conceda la referida autorización de residencia temporal por circunstancias humanitarias, o subsidiariamente solicita se dicte sentencia por la que se conceda la autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión conforme al R.D. 240/2007 y subsidiariamente que se retrotraigan las actuaciones al momento de la solicitud para que la Administración resuelva en base al R.D. 240/2008.

Fundamenta en resumen su demanda, alegando la vulneración del art. 31.3 de la LO 4/2000 en relación con el art. 45 del R.D. 2393/2004 y la Jurisprudencia dictada al respecto al considerar que dentro de las circunstancias excepcionales por razones humanitarias puede incardinarse la de ser padre de una ciudadana menor de edad de nacionalidad española y que no exige el Reglamento de Extranjería el requisito de carecer de antecedentes penales para las autorizaciones de residencia

temporal inicial por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, exigiéndolo sólo cuando se solicita por arraigo, debiendo prevalecer las razones humanitarias frente a los antecedentes penales cuando se pone en cuestión el interés del menor recogido en la LO 1/1996 sobre protección jurídica del menor y en la Convención sobre los derechos del niño; que el recurrente está plenamente integrado en la sociedad española, habiendo disfrutado de diversas autorizaciones para trabajar como complemento de la integración y resocialización que establece la Ley General Penitenciaria y la C.E.; vulneración del art. 19 de la C.E. en relación con la hija menor de nacionalidad española, porque quedaría vacío de contenido el derecho de residencia de la hija menor de edad nacional española si su padre quedara en situación irregular, pues podría ser expulsado, lo que conllevaría la expulsión implícita de la menor; vulneración del art. 18.1 de la C.E. en relación con el art. 39 del mismo texto legal, que proclaman la protección integral de la familia y especialmente la de los menores, debiendo la Administración garantizar que los menores puedan vivir con sus progenitores, pues de no concederse la autorización al recurrente, se le privaría de poder cumplir con sus deberes paternos establecidos en los arts. 110, 143 y 154 del CC; vulneración del art. 14 de la C.E. porque la no concesión de la autorización de residencia a D. [redacted] una discriminación hacia su hija [redacted] generando una diferenciación entre niños españoles de padres extranjeros que no tendrían derecho a la vida familiar frente a niños españoles de padres españoles y porque ante un supuesto idéntico al presente, se ha concedido autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión a D. [redacted], por ser padre de un menor español, autorización que se le concede por el Juzgado de lo C.A. nº 2 de Salamanca, a la que no se opuso el Abogado del Estado, quien informó que se debió tramitar por el procedimiento establecido en el R.D. 240/2007 relativo a la residencia comunitaria, lo que supone admitir la concesión de autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión aplicando el R.D. 240/2007, aún con antecedentes penales; vulneración del art. 89 de la Ley 30/1992 por no resolver la resolución sobre las peticiones formuladas, refiriéndose a la petición efectuada el 27-08-2007 en que solicitaba que de no concederse la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, se le concediera la residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión; vulneración del R.D. 240/2007, Directiva 2004/38/CE, Reglamento CEE nº 1612/68, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al no haberse pronunciado la resolución sobre la petición subsidiaria de concesión de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión al amparo del R.D. 240/2007 sin que el hecho de tener antecedentes penales constituya razón suficiente para restringir la concesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión según se deduce del art. 15 del referido Reglamento.

El Sr. Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración demandada se opone a la demanda, manteniendo la conformidad a derecho de la resolución impugnada, alegando, en síntesis, que no cabe conceder la autorización de residencia temporal inicial por razones humanitarias al tener el actor antecedentes penales, no cumpliéndose con la condición exigida en el art. 31.4 de la LO 4/2000 para su concesión y que tampoco

cabe conceder autorización de tarjeta de residente familiar de ciudadano de la Unión conforme al R.D. 240/2007 porque no está entre los supuestos que permiten aplicar dicho R.D. a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión, que respecto de los ascendientes directos exige que vivan a cargo del ciudadano de la Unión, lo que aquí no acontece.

SEGUNDO.-Para una adecuada resolución del presente recurso ha de tenerse en consideración los siguientes hechos que se consideran probados deducidos del expediente administrativo y de la documentación aportada con la demanda:

-D. nacional de Bolivia, solicitó en fecha 27-06-2008 la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales al amparo del art. 31.3 de la LO 4/2000, aportando junto con dicha solicitud, además de pasaporte, informe del Consejo de la Judicatura de Bolivia en que consta que carece de antecedentes penales en aquel país, contrato de trabajo a tiempo completo, hoja de vida laboral, certificado de empadronamiento en un domicilio en Salamanca donde reside con su compañera y una hija común menor de edad, la hoja de antecedentes penales en España y certificados del Registro civil de Salamanca y copia del D.N.I., acreditándose mediante estos últimos documentos que es padre de la menor de edad de nacionalidad española (vid. f. 1 a 27 del expediente administrativo), la cual está escolarizada en el Centro educativo de la desde el 5-09-2006 (doc. 18).

-El hoy actor fue condenado en Sentencia firme el 18-02-1998 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 5 A, por delito de cultivo, elaboración o tráfico de drogas a la pena de 9 años y un día de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante dicho período, habiendo obtenido la libertad condicional anticipada en auto de 6-05-2005 (doc. 10 de la demanda), sin que se hayan cancelado los antecedentes penales ni haya transcurrido el tiempo exigido en el art. 136 del C.P. para su cancelación y autorización para trabajar al amparo de la Disposición Adicional Primera del R.D. 2393/2004 que determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional, la cual se concedió en resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca en fecha 1-08-2006 (doc. 11 de la demanda), teniendo reconocida en la actualidad prestación de desempleo durante el periodo 15-07-2008 a 14-05-2010 (doc. 7 de la demanda).

-El actor dispone de oferta de empleo fechada el día 24-10-08 de la empresa : (doc. 15 de la demanda)

-En fecha 22-08-2008 el actor presenta ante la Subdelegación de Gobierno escrito en el que explica que la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales solicitada se hace en base a razones humanitarias al ser padre de una niña de cinco años de edad, que depende económica y afectivamente de su persona y por razón del superior interés de la menor, invocando los arts. 39 y 14 de la C.E. y diversos preceptos del C.Civil que imponen a los padres la obligación de velar por sus hijos, prestarles alimentos y tenerlos en su compañía. En referido escrito solicita que se le conceda la autorización residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales por razones humanitarias y

subsidiariamente que se le conceda autorización de residencia por ser familiar de ciudadano comunitario en base al R.D. 240/2007.

- En Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca de 2-10-2008 se deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales sin pronunciarse sobre la solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano comunitario.

TERCERO.-Expuestas las posiciones de las partes y los anteriores hechos probados y entrando a analizar el primer motivo de nulidad alegado en la demanda, la vulneración del art. 31.3 de la LO 4/2000 en relación con el art. 45 del R.D. 2393/2004 y la Jurisprudencia dictada al respecto, se argumenta que dentro de las circunstancias excepcionales por razones humanitarias puede incardinarse la de ser padre de una ciudadana menor de edad de nacionalidad española y que no exige el Reglamento de Extranjería el requisito de carecer de antecedentes penales para las autorizaciones de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, exigiéndolo sólo cuando se solicita por arraigo, debiendo prevalecer las razones humanitarias frente a los antecedentes penales cuando se pone en cuestión el interés del menor recogido en la LO 1/1996 sobre protección jurídica del menor y en la Convención sobre los derechos del niño.

A la vista de la resolución impugnada, se observa que la denegación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales se fundamenta en la existencia de antecedentes penales por parte del extranjero solicitante de dicha autorización, citando en tal sentido en dicha resolución los arts. 46.2.a) del R.D. 2393/2004 y el art. 31.3 de la LO 4/2000.

Ha de tenerse en consideración para resolver este motivo de impugnación la normativa que regula las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, constituida por el art. 31 de la LO 4/2000 y los arts. 45 y 46 del R.D. 2393/2004 que desarrollan el anterior, disponiendo al efecto el art. 31 de la LO citada al regular la situación de residencia temporal en los extremos que aquí interesan lo siguiente: 1. *La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años.*

Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal, la concesión de las renovaciones y la duración de éstas, se establecerán reglamentariamente.

2. *La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el art. 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado.*

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. En estos supuestos no será exigible el visado.

4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido..”.

A su vez el art. 45 del R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al regular las Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, dispone: "1. De conformidad con el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante.

2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos:

a) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

3. Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el art. 31.3 de su reglamento de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los arts. 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

4. Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos:

a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los arts. 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la

circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el art. 22.4º, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.

b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

5. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

6. En virtud de su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas con base en este artículo, así como sus renovaciones, tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en el art. 47 y en la normativa de asilo.

7. La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla. En la misma situación se hallarán las personas previstas en el art. 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización para trabajar en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Dicha solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o bien durante el periodo de vigencia de aquélla, y en su concesión será preciso acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d) y e) del art. 50. No obstante, los requisitos a que se refiere el párrafo c) del art. 50 se acreditarán en los términos establecidos en el apartado 3 del art. 51 de este reglamento".

El artículo 46 al regular el Procedimiento para la concesión de la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales, por lo que aquí interesa establece en su apartado 2: "En particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias: a) En caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español..."

Visto la anterior regulación y los fundamentos en que se funda la resolución impugnada para denegar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se observa que la Administración sólo entró a resolver sobre tal autorización por arraigo, pues sólo a esta situación se refiere el art. 46.2 a) del R.D. citado en dicha resolución, sin entrar a valorar si concurría el supuesto de circunstancias excepcionales por razones humanitarias basadas éstas en ser el ciudadano extranjero, hoy recurrente, ascendiente de una menor de edad nacional española, respecto de la cual ha de cumplir los deberes paterno-filiales, menor cuyo interés ha de protegerse conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996 sobre protección jurídica del menor y en la Convención sobre los derechos del niño y respecto.

En el supuesto enjuiciado resulta indiscutible que dentro de las circunstancias excepcionales por razones humanitarias, puede incardinarse la situación de ser padre de una menor de edad nacional española y residente en este país, -el cual tiene obligación de velar por ella, alimentarla y tenerla en su compañía, intereses de la menor que son objeto de especial protección en las leyes y tratados internacionales- y ello teniendo en cuenta la Jurisprudencia sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 9-01-2007 (Rec. 40/2005) y 10-01-2007 (rec. 39/2005), en las que al analizar la impugnación del art. 45 del R.D. 2393/2005, se deja sentado que el art. 31.3 de la L.O 4/2000 puede tener una aplicación directa y que el art. 45 realiza una relación exhaustiva, pero no es excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales, y en concreto en la primera de las sentencias citadas, al analizar la impugnación del apartado b) del art. 45.2. del R.D. 2393/2005, relativo a la posibilidad de conceder una autorización de residencia por razones de arraigo en determinados supuestos, se alegaba por la asociación recurrente que se había dejado fuera de la norma la posibilidad de autorizar con una residencia temporal por circunstancias excepcionales a los padres de menores con nacionalidad española y dice esta sentencia: "La regulación del precepto no es exhaustiva y, aparte de que puede aplicarse directamente el mandato del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, en otros preceptos se contemplan autorizaciones de este tipo, como sucede en el artículo 94.2 respecto a los menores, y en la Disposición Adicional primera, número 4. De todas formas no puede acogerse la impugnación ya que se trata de desarrollo de la Ley, el texto literal de los preceptos no es contrario a derecho, e incluso los supuestos no contemplados pueden resolverse aplicando directamente la Ley Orgánica o bien otros preceptos reglamentarios". En la segunda de las sentencia mencionadas se decía en su fundamento de derecho noveno: "...Sin embargo, al contrario del planteamiento realizado por los recurrentes hay que interpretar que el art. 31.3 de la Ley puede tener una aplicación directa y el artº 45 realiza una relación exhaustiva, pero no es excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales. El artº. 45 recoge la mayoría de las situaciones por las que es posible conceder una autorización por circunstancias excepcionales, pero no todas. De hecho, en otras partes del Reglamento se contemplan algunas más, así por ejemplo, el 94.2 para menores o la Disposición Adicional Primera, párrafo Cuarto para situaciones no previstas. La propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento

suficiente para su aplicación ...El art. 45 del Reglamento considera que todas las autorizaciones que se otorguen a su amparo tienen la condición de excepcionales, y afirma que se podrán conceder en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante. De este modo el inciso "en los supuestos determinados en este artículo" ni contradice el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 ni condiciona los supuestos en que la Administración pueda conceder esas autorizaciones excepcionales a las que se refiere el art. 45. La recta interpretación del inciso cuestionado significa que esas autorizaciones deben siempre obedecer a las razones que el precepto menciona, a saber, el arraigo, la protección internacional, las humanitarias, la colaboración con determinadas autoridades o las de interés público o seguridad nacional. Pero dentro de ese elenco o catálogo la Administración podrá moverse con libertad para la determinación de los supuestos a los que pueda alcanzar la concesión de esas autorizaciones excepcionales en cada uno de esos conceptos jurídicos indeterminados que constituyen el arraigo, la protección internacional, las razones humanitarias, la colaboración con determinadas autoridades o las razones de interés público o seguridad nacional".

Ahora bien, partiendo de que puede considerarse que tendría cabida la solicitud del actor dentro del supuesto de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, al ser padre de la menor de edad, de nacionalidad española, zero, sin embargo, teniendo en cuenta que el art. 31.4 de la LO 4/2000, aplicable con carácter general a todos los supuestos de residencia temporal, establece como condición general para que pueda concederse la autorización de residencia temporal, la carencia de antecedentes penales del solicitante de la autorización, sin distinguir para exigir dicho requisito que se trate de una solicitud de residencia temporal inicial normal o por circunstancias excepcionales ya sea por arraigo o por otro tipo de circunstancias, se considera que la resolución que deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales, aún cuando la solicitud de autorización pueda ir fundada en razones humanitarias, resulta conforme a derecho pues el art. 31.4 de la LO citada exige la carencia de dichos antecedentes penales como condición para que pueda accederse a su concesión, condición que en el supuesto analizado no se cumple, por cuanto que el recurrente tiene antecedentes penales según ha quedado expuesto en el apartado de hechos probados y por tanto la resolución denegatoria de la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales resulta conforme a derecho. (Vid. en este sentido la TS Sala 3ª, sec. 5ª, S 7-2-2008, (rec. 2206/2004)).

Se considera que este extremo de la resolución es respetuoso con la legalidad vigente sin que vulnere el art. 19 en cuanto al derecho de residencia de la menor ni el art. 18.1 de la C.E. que garantiza la intimidad familiar ni el art. 39 del mismo texto legal, que proclama la protección integral de la familia y especialmente la de los menores, ya que se entiende que estos derechos no justifican la inaplicación del art. 31.4 de la LO 4/2000, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad que también garantiza la Constitución Española en el art. 9.3, estando los ciudadanos y los poderes públicos sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento

jurídico (art. 9.1 CE), habiendo sido la Administración demandada respetuosa con el principio de legalidad al denegar la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales, actuando dentro de los límites legales establecidos en el art. 31.4 de la LO 4/2000, precepto que resulta claro y terminante sin admitir otras interpretaciones y que exige para autorizar la residencia temporal de un extranjero que éste carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español, debiendo este precepto ser aplicado por los Jueces y Tribunales quienes al resolver un asunto y en su labor interpretativa del derecho no pueden dejar de aplicar un precepto legal. Ha de tenerse en consideración que al mismo nivel de protección constitucional que el derecho a la intimidad familiar y el derecho de residencia de la menor, está el art. 13.1 de la C.E. que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, si bien exige que dicho disfrute se ha de realizar en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que admitiendo que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, tales derechos se tienen que ejercitar en los términos que establecen los tratados y las leyes. Este precepto ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional y así cabe destacar las Sentencias núm. 94/1993, de 22 de marzo, o la más reciente nº 72/05 de 4 de abril de 2005, la primera de ellas indicaba textualmente que "La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, fundamento jurídico 3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella." Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1993, de 29 de marzo matiza que "los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (artículo 13.1 CE)", lo que, significa que el reconocimiento y efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el territorio español de los ciudadanos extranjeros. Por lo tanto, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Conclusión que se ve reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH Abdulaziz,

de 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaquim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), y como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre. Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España y así establece la STC 94/1993, de 22 de marzo que "la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, f. j. 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella".

Por todo ello procede desestimar el presente motivo de impugnación.

CUARTO.- En cuanto a la vulneración del art. 14 de la C.E. que se alega en la demanda como otro motivo de impugnación, se argumenta por un lado que la no concesión de la autorización de residencia a D. supondría una discriminación hacia su hija generando una diferenciación entre niños españoles de padres extranjeros que no tendrían derecho a la vida familiar frente a niños españoles de padres españoles; y por otro, se cita como término de comparación un supuesto que dice ser idéntico al presente, en que se ha concedido autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión a D.

por ser padre de un menor español, autorización que se le concede por el Juzgado de lo C.A. nº 2 de Salamanca, a la que no se opuso el Abogado del Estado, quien informó que se debió tramitar por el procedimiento establecido en el R.D. 240/2007 relativo a la residencia comunitaria, lo que dice supone admitir la concesión de autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión aplicando el R.D. 240/2007, aún con antecedentes penales.

En relación a dicho principio de igualdad, se ha de tener en consideración la Jurisprudencia, establecida entre otras, en la STS 19-11-2003, sección 4ª, según la cual "el principio de igualdad ante la ley que proclama el artículo 14 de la Constitución no significa que no puedan tratarse desigualmente situaciones que ofrezcan matices de diferenciación. La igualdad absoluta, si por ello entendemos adoptar una postura en la que no se distingan méritos o circunstancias que, ofreciendo peculiaridades propias, permitan dar tratamiento desigual a situaciones diferentes es contraria al principio constitucional que se invoca. Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia de este Tribunal así lo vienen manteniendo, pronunciándose en concreto en el sentido de que no toda desigualdad implica discriminación, siempre que obedezca a una causa razonable y justificada, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Solamente cuando se otorgue un tratamiento distinto en iguales circunstancias, méritos o servicios, puede hablarse de infracción del principio de igualdad". El principio de igualdad en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes

se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que carezca de justificación objetiva y razonable, siendo condición "sine qua non" para la apreciación de tal circunstancia, la que se ofrezca un término de comparación que permite ilustrar la desigualdad que se denuncia con arreglo a los criterios jurisprudenciales contenidos, entre otras, en las sentencias constitucionales 117/1998, 46/1999 y 47/2001.

En cuanto al primer argumento utilizado, no se aprecia vulneración al citado art. 14 de la C.E. que se cita como infringido, ya que los parámetros de comparación de los que se parte para comprobar si se ha dado un trato diferenciado y discriminatorio, no son idénticos en ambos casos porque la situación de los menores de nacionalidad española que se comparan son diferentes dada la nacionalidad de sus respectivos progenitores, ya que en un caso el menor es hijo de un ciudadano español que goza de los mismos derechos de residencia y libertad de circulación que el hijo consagrado en el art. 19 de la C.E. y en el supuesto analizado, la menor cuya situación se compara, es hija de un ciudadano extranjero cuyo derecho de residencia y libertad de circulación vienen limitados por leyes y tratados conforme autoriza el art. 13.1 de la C.E..

En cuanto al segundo término de comparación, se cita por el recurrente un supuesto que dice ser idéntico al presente, en que se ha concedido autorización de residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión a D. [redacted] nacional extranjero por ser padre de un menor español, aplicando el R.D. 240/2007, aún cuando dicho extranjero también tenía antecedentes penales. Teniendo en consideración que lo concedido a este ciudadano extranjero según se acredita con el expediente relativo al mismo es una tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión y no una autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales que en un primer momento se solicitaba por el hoy recurrente, no se observa vulneración del citado principio, pues en su caso tal argumento se podría utilizar como fundamento de la denegación de la solicitud de autorización de tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión que luego se analizará, pero no para justificar la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales a que se refiere el actor y que tampoco fue concedida a D. [redacted].

Por lo expuesto, procede rechazar también este motivo de impugnación.

QUINTO.- Otro de los motivos de nulidad alegados es la vulneración del art. 89 de la Ley 30/1992 por no resolver la resolución sobre las peticiones formuladas, refiriéndose a la petición efectuada el 27-08-2007 en que solicitaba que de no concederse la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, se le concediera la residencia por ser familiar de ciudadano de la Unión al amparo del R.D. 240/2007.

Ciertamente concurre en el supuesto enjuiciado dicho motivo de nulidad, pues se observa que la resolución ha omitido pronunciarse sobre la petición mencionada efectuada por el actor de forma subsidiaria en el escrito que obra unida en el expediente administrativo (f. 27 a 29 del expediente).

Ahora bien, tal falta de pronunciamiento, se ha de entender como desestimación presunta de esta petición del actor y si bien

de haber producido indefensión al interesado la vulneración de dicho precepto, podría generar retroacción de las actuaciones para que la Administración se pronunciara expresamente sobre dicha cuestión, motivando la resolución que adopte, sin embargo por razones de economía procesal y de acuerdo con las argumentaciones del interesado en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de su demanda donde alega que resulta innecesario retrotraer las actuaciones apelando al derecho de tutela judicial efectiva y a los principios de eficacia y eficiencia que debe informar la actuación de la Administración Pública, no se estima necesario retrotraer el procedimiento para que la Administración dicte una nueva resolución resolviendo motivadamente sobre tal petición subsidiaria, sino que puede esta sentencia entrar a analizar si esa desestimación presunta de la petición era conforme a derecho, comprobando para ello si concurren los requisitos exigidos para que pueda concederse o no la autorización de tarjeta de residente de familiar de ciudadano comunitario, lo que se pasa a analizar en el siguiente fundamento de derecho.

SEXTO.-Finalmente y en cuanto a la vulneración del R.D. 240/2007, Directiva 2004/38/CE, Reglamento CE nº 1612/68, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que invoca en su demanda, se alega por el actor que la resolución no se pronuncia sobre petición subsidiaria de concesión de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión al amparo del R.D. 240/2007, a la que entiende tiene derecho a que se le expida a su favor por estar en la situación prevista en referido Real Decreto sin que el hecho de tener antecedentes penales constituya razón suficiente para restringir la concesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión según se deduce del art. 15 del referido Reglamento.

La cuestión controvertida en este extremo, está en decidir si el actor, padre de una menor de edad, nacional española, podría obtener una tarjeta de residencia como miembro de la familia del ciudadano de la Unión, a cuyo grupo se refiere el art. 2 del R.D. 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando determina el ámbito de aplicación del referido Real Decreto, precepto que tiene el siguiente contenido:

Artículo 2. Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en

un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja".

De una interpretación literal del apartado d) del referido artículo 2, parece desprenderse que sólo podría estar incluido dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto mencionado, el ascendiente directo cuando viva a cargo del ciudadano europeo, lo que no ocurre obviamente en el supuesto analizado si se tiene en cuenta que la ciudadana española es una menor de edad, cuyo padre, hoy actor, no vive a su cargo, sino al revés, vive ella a cargo del padre, encargado de cuidarla y prestarle alimentos, según se reconoce a lo largo de la demanda.

Ahora bien, tal circunstancia no puede suponer obstáculo en este supuesto para la aplicación del Real Decreto mencionado al padre -nacional boliviano- de la menor de edad, nacional española, pues ha de ser interpretado este Real Decreto teniendo en cuenta la Jurisprudencia emanada de la Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19-10-2004, nº C-200/2002, en la que el Tribunal de Justicia, da respuesta a una cuestión prejudicial relativa al derecho de residencia de un nacional menor de corta edad de un Estado miembro que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, declarando el derecho de menor a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado y considera la sentencia que las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida. En referida sentencia al analizar el derecho de residencia de la madre, nacional de un Estado tercero, dispone en sus fundamentos de derecho 42 y ss.: "42. El artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 90/364, que garantiza a los ascendientes del titular del derecho de residencia que "estén a su cargo", sea cual sea su nacionalidad, el derecho a instalarse con dicho titular, no puede conferir un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero que se encuentre en la situación de la Sra. Chen porque existan vínculos afectivos entre la madre y su hija o porque el derecho de entrada y de residencia en el Reino Unido de la madre dependa del derecho de residencia de la hija.

43. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la condición de miembro de la familia "a cargo" resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del

miembro de la familia (véase, en este sentido, en relación con el artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68, la sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85, Rec. p. 2811, apartados 20 a 22).

44. En un caso como el del asunto principal, se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la Sra. Chen no puede invocar la condición de ascendiente "a cargo" de Catherine, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido.

45. En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste (véase, mutatis mutandis, en relación con el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, la sentencia Baumbast y R., antes citada, apartados 71 a 75).

46. Sólo por esta razón, procede responder que cuando, como sucede en el asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida.

47. Por tanto, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que, en circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida".

Teniendo en cuenta la anterior Sentencia, se observa que los mismos fundamentos que permitían a la progenitora, nacional de un Estado tercero, a residir con el nacional europeo en uno de los Estados miembros, pueden aplicarse al supuesto enjuiciado, debiendo interpretar el R.D. 240/2007 teniendo en consideración la libertad de circulación y de residencia de la menor española recogida en el artículo 19 de la CE y la protección del derecho de la menor española a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1º del artículo 18 de la CE, ya que de no permitirse que el progenitor extracomunitario resida con la menor española, privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia de la menor en España como a su derecho a la intimidad familiar consagrados en la C.E., pues resulta evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado Europeo del que el niño es nacional.

Por otro lado, se ha de tener en consideración que la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, citada por el recurrente como infringida, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, prevé en el considerando 6 que "Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutaran del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión" y coherente con ello dispone en su art. 3 al regular a los "Beneficiarios": "1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del art. 2, que le acompañen o se reúnan con él.

2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del art. 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;...

...El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas".

El art. 10 de esta Directiva, regula la expedición de tarjeta de residencia, disponiendo por lo que aquí interesa: "1. El derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro será reconocido mediante la expedición de un documento denominado «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» a más tardar en los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud. Se entregará inmediatamente un resguardo de la presentación de la solicitud de una tarjeta de residencia.

2. Para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros exigirán la presentación de los documentos siguientes:

a) un pasaporte válido;

b) un documento que acredite la existencia de parentesco o de unión registrada;

c) el certificado de registro o, a falta de sistema de registro, cualquier otra prueba de residencia en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión al que acompañen o con el que vayan a reunirse posteriormente;

d) en los casos contemplados en las letras c) y d) del punto 2 del art. 2, la prueba documental de que se cumplen las condiciones previstas en dicha disposición;

e) en los casos contemplados en la letra a) del apartado 2 del art. 3, todo documento expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique que están a cargo del ciudadano de la Unión o que vivían con él en ese país o la prueba de la existencia de motivos graves de salud que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia

f)..."

A la vista del contenido de esta Directiva, de aplicación directa en España, no existe obstáculo para expedir la «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión» que en ella se contempla a favor del actor, el cual vive con su hija menor de edad, nacional española, de modo que no habiéndose justificado en la resolución impugnada la denegación -presunta- de la expedición de la tarjeta a favor del recurrente conforme se requiere en el último párrafo del art. 3.2 de la citada Directiva, se considera que la resolución recurrida en este extremo vulnera la indicada Directiva.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta por un lado lo dispuesto en la Directiva mencionada que permite la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión a favor del recurrente, nacional boliviano, que vive en España con su hija menor de edad, y por otro, teniendo en consideración que debe de efectuarse una interpretación del R.D. 240/2007 respetuosa con esta Directiva y con el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la libertad de residencia de que goza la menor de edad, nacional española, consagrados en los arts. 18 y 19 de la C.E. respectivamente, se considera que la no concesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión al recurrente, supone una vulneración de referida Directiva y del Real Decreto mencionado interpretado desde esta perspectiva constitucional y de acuerdo con la Jurisprudencia emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia CE antes citada y consecuentemente una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas mencionadas, por lo que la resolución impugnada al desestimar presuntamente la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, resulta contraria a derecho, procediendo a anular este extremo y se reconoce al actor, como situación jurídica individualizada, el derecho a que le sea expedida la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario prevista en referido Real Decreto al no concurrir en el presente caso razones de orden público ni de seguridad pública ni de salud pública que pudiera justificar la no expedición de dicha tarjeta a su favor según prevé el art. 15.1 del R.D. 240/2007, ya que a pesar de que tiene antecedentes penales derivados de una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, tales hechos se remontan a mayo de 1997, habiéndose cumplido ya dicha condena y

habiendo gozado previamente del beneficio de libertad condicional que le fue concedido en auto de 6-05-2005, tiempo durante el que estuvo trabajando hasta que extinguió la condena, sin que se tenga constancia de informe desfavorable alguno sobre el mismo, no infiriéndose de las actuaciones que su conducta personal suponga en este momento una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad que pudiera justificar la no expedición de dicha tarjeta conforme al art. 15.5 del R.D. 240/2007. (arts. 63.1, 70.2 y 71.1 LJCA).

SEPTIMO.-No cabe efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales al no apreciarse la concurrencia de mala fe o temeridad en ninguno de los intervinientes (art. 139.1 Ley 29/98).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimando parcialmente el Recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. Patricio Sánchez Cortés, en nombre y representación de **D. F**

contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Salamanca de 2-10-2008 que deniega expresamente la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales primeramente instada por el recurrente y desestima presuntamente la solicitud de expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión posteriormente instada por el recurrente, **DECLARO** que la Resolución impugnada es conforme a derecho en cuanto deniega la autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales, no siendo conforme a derecho dicha resolución en el extremo que desestima presuntamente la solicitud de expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, extremo que se anula y en su lugar se reconoce al actor el derecho a que le sea concedida la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, condenando a la Administración a su expedición.

Todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **Recurso de Apelación** en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente al de su notificación, que deberá ser interpuesto ante este Juzgado, apercibiéndole que de interponerlo debe acreditar al tiempo de presentarlo, salvo que goce de exención legal, haber constituido el **DEPÓSITO** de **50 Euros** a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la L.O.P.J. introducida por la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que modifica la L.O. 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE 4/11/2009), en la entidad **BANESTO** (Código entidad **0030**, Código oficina **8200**), en la cuenta abierta a nombre de este Juzgado con el núm.: **3711**, bajo la clave **85**, indicando n° de expediente (con 4 dígitos) y año (con 2 dígitos), especificando en el campo "**Concepto**" del resguardo de ingreso el **código** (22) y **tipo** concreto del recurso de que se trate



(Apelación). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de identificar los 16 dígitos de la cuenta expediente, separado por un espacio).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.