

29030-08



D^o *Immaculada Rodríguez Falcón*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO.
Sección Segunda.

Las Palmas de Gran Canaria.
Plaza de San Agustín 6.
Tfno: 928-325009
Fax: 928-325039

ES COPIA

Tipo de procedimiento: RECURSO DE APELACION
Nº de procedimiento: 0000242/2009
NIG: 3501645320080002077
Materia: EXTRANJERIA
Objeto del recurso: juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 P.A. 342/2008
Resolución: 000011/2010

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

Rollo de apelación nº 242/09

Procedencia: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria (Ref: RCA nº 342/08).-

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Cristina Paez Martínez Virel

Presidente

Don César José García Otero

Doña Inmaculada Rodríguez Falcón

4 MAR 2010
5 MAR 2010
L. 10. 2010

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 29 de enero de 2010

Visto, en grado de apelación, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el recurso contencioso-administrativo seguido en su día por el procedimiento abreviado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria con el nº 342/09, en el que fueron partes: como demandantes, doña [REDACTED] y don [REDACTED], representado por el Procurador D. Carlos Sanchez Ramirez y defendidos por el/la Letrado/a; y,





como Administración demandada, la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia del Juzgado de 11 de mayo de 2009.-

I.- ANTECEDENTES.-

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo, del que dimana el presente rollo de apelación, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Cuatro dictó sentencia estimatoria de fecha 11 de mayo de 2009

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Sr. Abogado del Estado al que se opuso el Procurador D. Carlos Rodríguez Sanchez

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó rollo de apelación (registrado con el nº 242/09), continuando por sus trámites, con señalamiento del 29 de enero del año en curso para deliberación, votación y fallo.-

Fue ponente la Ilma Sra Magistrada doña Inmaculada Rodríguez Falcón, que expresa el parecer unánime de la Sala.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Es objeto presente recurso de apelación la sentenciad itcada por el Juzgado de lo contencioso Administrativo número cuatro, en la que estimando el recurso contencioso se anuló la Resolución denegatoria de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, solicitada por [REDACTED] nacionalidad argentina, y [REDACTED] [REDACTED] de nacionalidad Paraguaya, con base en la circunstancia excepcional de tener una hija en común doña [REDACTED], española de origen.

Consta acreditado en el expediente administrativo, folio 32, la certificación literal del nacimiento de la menor del Registro Civil de San Bartolome de Tirajana, con anotación marginal en la que se afirma que a [REDACTED] le corresponde la nacionalidad española de origen al nacer en España en virtud de lo previsto en el Codigo civil vigente artículo 17.1.c) "1. Son españoles de origen: c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad".

Por tanto, el matiz, y punto de partida, para analizar el supuesto enjuiciado es que existe una menor que tiene la nacionalidad española de origen, a título de presunción, pero la tiene, pese a que sus padres no ostentan la nacionalidad española. Situación, que se produce en caso, como señala la





DGRN, en Resolución de 17 de julio de 2008, en casos de hijos nacidos, entre otras nacionalidad, de paraguayos y argentinos: "Reiteradamente tiene establecido esta Dirección General, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación argentina, que en casos como el presente, los hijos de nacionales de dicho país nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad correspondiente a sus padres, la cual solo puede adquirirse por un acto posterior. La misma conclusión cabe extraer en el caso de la legislación paraguaya que tan solo atribuye dicha nacionalidad a los hijos de padre o madre paraguayos nacidos en el extranjero "cuando aquellos se radiquen en la república en forma permanente". Se da, por lo tanto, una situación de apatridia originaria en la cual la atribución de la nacionalidad española iure soli se impone. No ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde iure sanguinis la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida ex lege en el momento del nacimiento".

SEGUNDO.- Los recurrentes sostienen que este dato la nacionalidad española de origen, es un dato excepcional, de los previstos en el artículo 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004, que es un Reglamento que no agota los supuestos, abogando por la aplicación directa del artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000.-

La sentencia apelada concluye que es posible la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, y estimar que "concurren circunstancias excepcionales que habilitan la obtención de un permiso de residencia temporal en virtud de lo establecido en el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000" concurre una circunstancia excepcional". El Abogado del Estado recurrente sostiene que las únicas circunstancias excepcionales que se pueden estimar son las previstas reglamentariamente, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de enero de 2007, que afirma que el artículo 31 "defiere a vía reglamentaria la determinación de las otras circunstancias excepcionales que permitirán acceder al permiso de residencia temporal". El Reglamento no amplía ni restringe los términos de la "LODYLE" pues ésta no delimita en qué forma deben interpretarse los conceptos jurídicos indeterminados en ella precisados (situación de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia) que pueden ser de aplicación directa y se defiere a vía reglamentaria la consideración de otras circunstancias excepcionales que desarrolla el precepto.

TERCERO.-El Tribunal Supremo en sentencia de 26 de enero de 2005 en el fundamento sexto de la sentencia valora la situación de un menor con nacionalidad española, en virtud de presunción del Registro Civil, respecto a lo que afirma que "En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la





nacionalidad española de origen del menor Carlos María . (Artículo 96-2º de la Ley de Registro Civil y 335 y siguiente de su Reglamento).

La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

1ª.- La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39-1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39-2).

En consecuencia con ello, el artículo 11-2 de la Ley 1/96, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor , dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de 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., artículo 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; artículo 143-2º del propio Código , que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 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). (...)

Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos 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 sólo y separado de su madre.

La cuestión que se plantea en este caso, es dar un paso más, y determinar si además de no expulsar a los progenitores, se les debe conceder los permisos necesarios para residir y trabajar en España, y si implícitamente su denegación, conlleva la denegación al menor del sustento necesario para desarrollar su vida en las mismas situación, oportunidades, que cualquier otro nacional español.

El TSJPV, en sentencia de 6 de octubre de 2008, afirmó que “nos





hallamos ante un supuesto -ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española - no contemplado expresamente en el precepto reglamentario indebidamente aplicado por la sentencia de instancia.

El fundamento para la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, en el presente caso, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1º del artículo 18 de la CE . El razonamiento del cual se colige tal corolario es idéntico al expresado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004 , dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Filomena y Lina contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar. Además, las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE . De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral.

Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, ab initio, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral.(...)

Es obligatorio indicar que los presupuestos fácticos para la aplicación del concepto jurídico indeterminado de "razones excepcionales" incardinan la circunstancia de ser ascendiente extracomunitario de menor español de origen mediante declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española en la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado recogido en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero. A tal conclusión se llega en el presente caso al aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo indicada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia cuando establece que, en resumen, el artículo 45 del Real Decreto 2393/2.004, de 30 de diciembre , realiza una relación exhaustiva, pero no excluyente, de los supuestos en que es posible la concesión de una autorización por circunstancias excepcionales, y que la propia aplicación directa de la Ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación." "

CUARTO.- Compartimos plenamente los argumentos expuestos en la sentencia anteriormente transcrita, además, y en respuesta a la



impugnación que hace el Abogado del Estado en el presente recurso, debemos invocar que a la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de enero de 2007, "hay que interpretar que el art. 31.3 de la Ley puede tener una aplicación directa y 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. El art. 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." Por lo que en opinión de esta Sala, la sentencia de 9 de enero de 2007, invocada por el Abogado del Estado, tampoco excluye la aplicación directa de la ley, a este respecto, literalmente la misma señala respecto al Reglamento que: "Se trata, por ello, de una norma que en modo alguno modifica o enmienda la Ley ya que se limita a completarla siguiendo el mandato sin condiciones en ella establecido. Ni amplía ni restringe los términos de la LODYLE pues ésta no delimita en qué forma deben interpretarse los conceptos jurídicos indeterminados en ella precisados (situación de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia) que pueden ser de aplicación directa y si defiere a vía reglamentaria la consideración de otras circunstancias excepcionales que desarrolla el precepto"

La tesis del Abogado del Estado identifica las circunstancias excepcionales exclusivamente con las previstas en el artículo 45 del Reglamento de Extranjeros; sin embargo, no consideramos reprochable la utilización de circunstancia excepcional realizada por la sentencia apelada. Así el artículo 31 de la Ley dispone que "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". Es decir, utiliza una conjunción disyuntiva lo que implica la unión de términos equivalentes, y por tanto, cualquiera de ellas puede ser excepcional, que es el sentido que le da en el uso gramatical la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2007, anteriormente citada.

QUINTO.- Se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada con imposición de costas al apelante.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso número cuatro que confirmamos . Con imposición de costas al apelante.





Notifíquese la presente resolución a las partes personadas de conformidad con el artículo 248.4 de la LOPJ

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

