



UNIVERSITAT DE BARCELONA



IDP

INSTITUT DE
DRET PÚBLIC

INSTITUT DE DRET PÚBLIC

Col·lecció

WORKING PAPERS

La regularización de los progenitores de
menores de nacionalidad española y la
necesidad de una solución reglamentaria a la
cuestión

Diego BOZA MARTÍNEZ

WORKING PAPER NÚM. 1/2011

9/02/2011

ISSN 2013-9217

(Working paper sotmès a avaluació externa)

Institut de Dret Públic
Parc Científic de Barcelona
Baldri Reixac, 4-6
08028 Barcelona
Tel. 93.403 45 35
Fax 93.403 45 36
www.idpbarcelona.net

LA REGULARIZACIÓN DE LOS PROGENITORES DE MENORES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y LA NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN REGLAMENTARIA A LA CUESTIÓN

Por Diego Boza Martínez¹

1.- Introducción.

El hecho más que habitual de que un inmigrante en situación irregular tenga un hijo en nuestro país genera problemas jurídicos de relativa trascendencia cuando por aplicación de la normativa de nacionalidad el recién nacido obtiene la nacionalidad española y los padres se ven compelidos por una parte de nuestro ordenamiento jurídico (Constitución, Tratados Internacionales, Código Civil), a prestar alimentos y tener en su compañía a los menores, mientras que otro sector del mismo ordenamiento jurídico (normativa de extranjería) les impide trabajar e, incluso, permanecer en territorio español sin que existan vías normativas especiales para regularizar su situación.

En este trabajo trataré de explicar brevemente las causas jurídicas de estos problemas que surgen a raíz del cambio normativo que se produjo con la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. Esta norma suprimió la vía de regularización permanente para los progenitores de menores de nacionalidad española del elenco de causas que posibilitaban la tramitación de permisos de residencia sin necesidad de gestionar previamente el visado en el país de origen del extranjero contenidas en el artículo 49.2.f) del derogado Real Decreto 864/2001 que aprobaba el anterior Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Es cierto que el RD 2393/2004, en su Disposición Adicional Primera, párrafo 4 in fine, establece un sistema “ultraexcepcional” para los supuestos de circunstancias excepcionales no previstas en el Reglamento en el que la resolución depende del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración. No obstante, este procedimiento,

¹ Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Grupo de I+D, (DER2008-00126/JURI) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre La Integración de la Inmigración, dirigido por el Profesor Dr. D. Andreu Olesti, en el que participo.

como argumentaremos, resulta poco adecuado, especialmente, habida cuenta de que la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración apenas resuelve favorablemente los expedientes de esta naturaleza.

La reforma legal operada con la Ley Orgánica 2/2009 no ha intervenido en el ámbito de la cuestión que analizaremos. No obstante, queda aún pendiente la aprobación del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería que venga a sustituir al RD 2393/2004 y que parece la vía adecuada para regular esta cuestión de forma más satisfactoria.

Más aún, habida cuenta de que, pese al cambio legislativo, algunos Juzgados y Tribunales han reconocido los derechos de estos menores y sus progenitores a obtener permisos de residencia. De ellos, destaca la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2009. En este debate aún abierto también ha intervenido la Oficina del Defensor del Pueblo al emitir una Recomendación al respecto, acogiendo las tesis de estos progenitores.

2.- La génesis del problema. Supuestos que producen que extranjeros en situación irregular tengan hijos de nacionalidad española.

Ciertamente no resulta infrecuente el hecho de que un ciudadano de otro Estado que se encuentra en nuestro país sin permiso de residencia sea, al mismo tiempo, padre de un menor que tiene la nacionalidad española. Tal eventualidad puede tener su origen, bien por aplicación de la prohibición de la apatridia que contiene el artículo 17.1.c) del Código Civil, bien porque el menor sea fruto de una relación no matrimonial entre un ciudadano español y un extranjero en situación irregular. Veamos, brevemente, ambas posibilidades.

A) La prohibición de la apatridia en el ordenamiento jurídico español.

Uno de los principios fundamentales en materia de nacionalidad del ordenamiento jurídico español, no exento de ciertas tensiones², es la prohibición de

² Como ejemplo se puede observar la propuesta de reforma del artículo 17.1.c) del Código Civil que se planteaba en la Proposición de Ley Orgánica de Medidas para la Lucha contra la Inmigración

apatridia con respecto a los menores nacidos en España. En tal sentido, el artículo 17.1.c) del Código Civil establece que 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.”*

La Ley 51/1982, de 13 de julio, introdujo esta reforma en el Código Civil que supone una ruptura con la lógica que preside el ordenamiento jurídico en esta materia y en la que la regla fundamental es la atribución de la nacionalidad española a través del “ius sanguinis”³. El artículo 17.1.c) es una excepción al atribuir, en ciertos casos relacionados siempre con la normativa de nacionalidad de los progenitores, la nacionalidad española a través del “ius soli”.

La justificación de este precepto la encontramos en el artículo 1.1 de la Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el 30 de agosto de 1961, por una Conferencia de Plenipotenciarios en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954⁴. Tal exigencia se complementa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 15.1) y en el artículo 24.3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 17.1.c) beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de argentinos, colombianos, costarricenses, cubanos, guineanos (Guinea-Bissau), marroquíes (madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite la nacionalidad al hijo), palestinos (apátridas), peruanos, saharauis (apátridas), suizos, santotomenses y venezolanos (si sólo uno de los progenitores es venezolano y el otro progenitor no transmite la nacionalidad al hijo)⁵.

Clandestina, enviada por el Senado al Congreso de los Diputados y que, en el momento de redacción de estas líneas se encuentra en fase de Dictamen. El artículo Quinto. Uno de la Proposición propone una nueva redacción del citado artículo 17.1.c) del Código Civil, en estos términos: *“Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos careciesen de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos permite atribuir al hijo una nacionalidad mediante la inscripción en Registros consulares u otros procedimientos análogos.”* Vid. BOCG, de 28 de septiembre de 2007, núm. 289-1.

³ ALBADALEJO, I., *Derecho Civil*, vol I, 1996, Bosch, Barcelona, pp. 298 y ss. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, I Parte General*, vol. II, Bosch, Barcelona, p. 180.

⁴ Es explícito el citado artículo al señalar que *“Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.”*

⁵ La relación pormenorizada de los supuestos en los que se concede la nacionalidad española a los menores nacidos en España de padres de las nacionalidades referidas, así como una relación de las Resoluciones de la DGRN se puede encontrar en la Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección

En determinados casos, los menores nacidos en España hijos de personas de las nacionalidades enumeradas se benefician de la nacionalidad española ante la no atribución de nacionalidad por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados de nacionalidad de dichos progenitores⁶. En estos supuestos, los menores gozan de la presunción de nacionalidad y son considerados españoles de origen aunque sus progenitores puedan carecer de documentación administrativa que les permita residir en España. No obstante, no es la única hipótesis en la que un extranjero en situación irregular es padre de un ciudadano español.

B) Hijos de pareja formada por ciudadano español y extranjero en situación irregular.

Además de la aplicación de la prohibición de la apatridia de los menores nacidos en España contenida en el artículo 17.1.c) del Código Civil, el otro supuesto en el que un ciudadano nacional de otro Estado, que se encuentra en España sin permiso de residencia, puede resultar padre de un menor de nacionalidad española se produce si el otro progenitor tiene la nacionalidad española.

El artículo 17.1.a) del Código Civil concede la nacionalidad española de origen a los nacidos de padre o madre españoles. En este supuesto no resulta descartable que el otro progenitor pudiera ser un ciudadano de otra nacionalidad que careciera de permiso de residencia en España.

Conviene matizar que los problemas jurídicos derivados de la carencia de título habilitante para la permanencia en España del progenitor extranjero en esta hipótesis

General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción. (BOE 10-4-2007). Dicho elenco se basa en casos ya analizados por la DGRN y, por tanto, no puede considerarse exhaustivo. Así mismo, hay que tener en cuenta las modificaciones de las Constituciones de los países de origen que varían las condiciones de los hijos de los ciudadanos de su nacionalidad. Es el caso de la Constitución de Ecuador de 2008 (artículo 7), de las reformas de 2005 en la Constitución de Chile (art. 10) o, el más reciente, de la Constitución boliviana aprobada el 25 de enero de 2009 excluyó de este elenco a los hijos de bolivianos ya que, el artículo 141 de dicho texto les concede automáticamente la nacionalidad boliviana a los hijos de padre o madre boliviana sin ulteriores exigencias.

⁶ Normalmente, estos casos se producen cuando los progenitores no inscriben a su hijo en el Registro del Consulado o Embajada correspondiente.

sólo se produce si ambos progenitores no se encuentran unidos por matrimonio puesto que, en caso de que los progenitores sean cónyuges (o pareja de hecho registrada), el progenitor sin permiso de residencia podría obtener el mismo como familiar de ciudadano de la Unión en su condición de cónyuge de ciudadano español, de acuerdo a las prescripciones del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero⁷.

En los dos tipos de hipótesis enumeradas se produce la circunstancia de que los progenitores de un menor de nacionalidad española de origen carecen de permiso de título habilitante para su residencia en España algo que, como pasamos a ver, puede generar un grave conflicto con los derechos del menor y las obligaciones vinculadas a la patria potestad.

3.- Los condicionantes jurídicos que llevan a exigir la regularización de los padres de menores de nacionalidad española: los derechos del menor y las obligaciones de sus progenitores.

Como acabamos de apreciar, no resultan infrecuentes los supuestos en los que nos encontramos ante un menor español de origen cuyos progenitores (uno de ellos o ambos) carecen de permiso para residir en nuestro país. Tal circunstancia genera una serie de efectos negativos en la esfera jurídica del menor, vulnerando los derechos del menor, contrariando determinados principios rectores de rango constitucional y forzando a los progenitores al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

En el marco constitucional de la cuestión, tenemos que destacar que el artículo 19 de la Constitución, dentro del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo II) consagra el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Resulta evidente que, en el caso de un menor de edad de nacionalidad española, el ejercicio de tal derecho exige

⁷ Real Decreto 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. (BOE 28-2-2007). Al respecto de la situación de pareja de hecho registrada puede verse la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010 y el comentario que a la misma se realizó en el que participé. Vid. RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., BOZA MARTÍNEZ, D., “Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010”, *Revista Española de Derecho Migratorio y de Extranjería*, Núm. 26.

que se reconozca un título habilitante para que sus padres puedan residir en España. De lo contrario se estaría negando, por la vía fáctica, un derecho constitucionalmente reconocido a un ciudadano español por el hecho de ser hijo de padres no españoles.

Conviene, igualmente, traer a colación el artículo 39 de la Constitución que establece como principios rectores de la política social la protección social, económica y jurídica de la familia. En concreto, el apartado 2º exige a los poderes públicos que aseguren la protección integral de los hijos y el apartado 3º impone a los padres el deber de prestar asistencia a los hijos durante su minoría de edad.

Además, en relación con las relaciones entre los progenitores y su hijo español, el artículo 9 del Código Civil en su punto 4 señala que *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo”*. Por tanto, en el caso que estamos analizando, las relaciones paterno-filiales de un menor de nacionalidad española, sea cual sea la nacionalidad y condición administrativa de sus progenitores, vienen definidas por las normas establecidas en el ordenamiento jurídico español.

En este sentido, para nuestro ordenamiento jurídico el primer derecho del menor es el de estar, crecer, criarse y educarse con sus padres. Así lo ha considerado el Tribunal Supremo que, en la sentencia de 26 de enero de 2005 de la Sala 5ª, ha señalado que éste *“es un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal”*.

Este derecho de los menores tiene un claro reflejo en preceptos concretos del ordenamiento jurídico. Así, el artículo 110 del Código Civil obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos. El artículo 143.2º Cc obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos. No obstante, de todos destaca el artículo 154 que define los deberes y facultades intrínsecos a la patria potestad en la que están *“...tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos,...”*

En este punto, son de especial importancia los acuerdos internacionales ratificados por España. Además de la genérica referencia del artículo 10.2 CE a los

tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Fundamentales ratificados por España, el propio artículo 39 CE en su apartado 4 establece que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*”

En concreto, podemos hacer referencia al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que establece que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida (...) familiar*”. En la interpretación dada a este precepto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vida familiar comprende, irremisiblemente, la relación entre un hijo menor de edad y sus padres⁸.

En el marco de las Naciones Unidas, la Declaración de Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 establece como principio sexto el deber de que el niño crezca al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres. Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 compromete a los Estados Partes a dar consideración primordial al interés superior del menor en todas las medidas que tomen relativas a los niños (artículo 3.1). Igualmente, los artículos 5, 8 y 9 del mismo texto coinciden en imponer la obligación a los Estados partes de respetar los derechos y deberes de los padres para con sus hijos y sus relaciones familiares, evitando que los niños sean separados de sus padres.

El arsenal de normas aquí enumeradas coinciden en exigir del Estado la protección de las relaciones paterno-filiales, y la salvaguarda los derechos del menor e imponiendo obligaciones a sus padres de sostenimiento, cuidado y atención. El menor tiene derecho a crecer con sus padres y éstos tienen el deber de prestarle asistencia.

Todo menor de nacionalidad española tiene, por tanto, el derecho de criarse en compañía de sus padres del mismo modo en que sus padres están obligados a prestarle su asistencia y cuidado. Además, los poderes públicos tienen la obligación constitucional de contribuir a la protección de estos menores y de sus relaciones familiares.

⁸ BOZA MARTÍNEZ, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del TEDH”, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Número 11 – Marzo 2006.

En el caso que nos ocupa, la obligación de los poderes públicos pasa, irremisiblemente, por garantizar la residencia de los padres del menor español y las posibilidades de los mismos para insertarse en el mercado laboral y poder obtener, por medio de su trabajo, los recursos económicos suficientes para cumplir las obligaciones que tienen para con su hijo, a través del establecimiento de un procedimiento específico para la regularización de estas personas.

La negativa a conceder a los padres de un menor de edad de nacionalidad española título habilitante para residir en España supone una vulneración del derecho del menor a residir en España y vulnera la obligación de protección de la familia que el artículo 39 de la Constitución establece a los poderes públicos, además de los tratados internacionales que España tiene ratificados en la materia.

Llevado al extremo, la carencia de permiso de residencia puede generar la iniciación de un procedimiento de expulsión contra los progenitores del menor. La expulsión de los progenitores de un menor supone, bien la desmembración de la familia bien la expulsión del menor de nacionalidad española. Es decir, o se separan progenitor e hijo o el hijo acompaña al padre al país de origen de éste. En todo caso, nos hallaríamos ante una clara vulneración de los derechos constitucionales del menor que el Tribunal Supremo se ha encargado de rechazar en recurrente jurisprudencia⁹.

Sin embargo, la reforma introducida por el Real Decreto 2393/2004 y la práctica administrativa subsiguiente han eliminado las hipótesis de regularización de estas personas propiciando una grave disfunción normativa.

4.- La desaparición de la condición de padre de español de origen de los supuestos de exención de visado tras el Real Decreto 2393/2004.

La cuestión de los progenitores en situación irregular de menores españoles de origen se encontraba satisfactoriamente cubierta durante la vigencia del Real Decreto

⁹ Por todas, vid. sentencia de 25 de Enero de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de Casación 1164/2001). Véase, así mismo, el análisis que al respecto se realiza en el informe elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española y UNICEF, *NI ILEGALES NI INVISIBLES: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*, disponible en <http://www.abogados.es/portaLABOGADOS/archivos/ficheros/1253620445667.pdf>.

864/2001. Dentro de la lógica normativa del citado texto, el artículo 49.2.f) excluía la obligación de tramitar el visado con anterioridad a la tramitación de la autorización de residencia para aquellos “*Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas.*”

Este precepto permitía la regularización, no sólo de los padres de los ciudadanos españoles sino también de sus abuelos y demás ascendientes directos o sus tutores. Además, se establecía la exención de visado para los citados familiares o tutores cuando el ciudadano español, sin ser menor, estuviera incapacitado. Las condiciones de exigencia de residencia en España y que el menor o incapacitado viviera a expensas de quien solicitaba la autorización de residencia resultaba consecuente con los supuestos que estamos aquí enumerando¹⁰.

La nueva lógica interna de la normativa de extranjería, con la modificación que la Ley Orgánica 14/2003 efectuó sobre la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LODYLE) eliminaba los supuestos de exención de visado, sustituyéndolos por la concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales sin necesidad de visado, supuesto contemplado en el artículo 31.3 LODYLE, según la redacción que le dio la LO 14/2003¹¹. Algunas de estas circunstancias venían enumeradas en el nuevo artículo 31.3 LODYLE¹² que, a su vez, hacía referencia a la posibilidad de que, reglamentariamente,

¹⁰ Era práctica habitual de las Oficinas de Extranjeros, en estos casos, para la obtención de la exención de visado para conseguir la consiguiente autorización de residencia, exigir la acreditación al extranjero de que se disponía de suficientes medios de vida para obtener autorización de residencia (no lucrativa) o disponer de un contrato de trabajo de 1 año y 40 horas semanales (autorización de residencia y trabajo). No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de diciembre de 2003, se pronunció a favor de la concesión de la exención de visado por el mero hecho de la filiación, sin tener en cuenta los medios de vida.

¹¹ En concreto, la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica señalaba, en referencia a la eliminación de los supuestos de exención de visado que “*ello no significa(ba) que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica de supuestos excepcionales, habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico.*”

¹² Artículo 31.3 LODLE (según redacción dada por LO 14/2003): “*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.*”

se ampliaran bajo el amparo de la genérica cláusula de “*otras circunstancias excepcionales*”.

Sin embargo, la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004 defraudó las posibilidades de mantener la vía de regularización para los progenitores de menores españoles de origen. El artículo 45 del Reglamento aprobado por el citado RD establecía determinadas circunstancias excepcionales para acceder a la residencia temporal, no incluyendo en su tenor el supuesto de los extranjeros progenitores de menores de edad españoles de origen.

La nueva normativa callaba con respecto a la mención concreta del supuesto que estamos analizando. Pese a ello, el principio de jerarquía normativa habría permitido a la Administración que, en aplicación de la cláusula genérica del artículo 31.3 LODYLE, se hubieran seguido concediendo autorizaciones de residencia temporal para estos extranjeros.

Era evidente que el elenco de circunstancias excepcionales del artículo 45 del Reglamento no era de supuestos tasados. Así lo reconoció, de hecho, la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el 8 enero 2007, desestimando el recurso interpuesto contra varios preceptos del Real Decreto 2393/2004. La citada sentencia dejaba meridianamente claro que la relación de supuestos que regula el artículo 45 del citado Real Decreto para la concesión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no puede considerarse exhaustiva, y que, por tanto puede resultar de aplicación directa el mandato del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

Tal vez por ello, en la Disposición Adicional Primera, párrafo 4 del Real Decreto 2393/2004 se introdujo una posibilidad que podríamos calificar de “ultraexcepcional” y que podría servir para supuestos de este tipo. Así se afirma en la citada Disposición que “(...) *el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurran circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento*”.

Esta solución reglamentaria no ha resultado adecuada por diversos motivos. En primer lugar, la propia Administración ha desconocido la existencia de esta vía y, en numerosas ocasiones, las propias Delegaciones/Subdelegaciones del Gobierno han resuelto este tipo de expedientes sin elevarlos a la Secretaría de Estado de Inmigración¹³. A ello hay que unir el hecho de que la Administración viene planteando una práctica muy restrictiva, dando prevalencia a los supuestos tasados en el artículo 45 del Real Decreto frente a la cláusula abierta contenida en el artículo 31.3 LODYLE. La Dirección General de Inmigración entiende que el hecho de tener un hijo de nacionalidad española no es circunstancia excepcional suficiente para poder acceder a una autorización temporal de residencia¹⁴.

5.- Las vías para la regularización de los progenitores de menores españoles de origen. El paso adelante de jueces y tribunales.

El cambio normativo al que se acaba de hacer referencia generó una evidente disfunción entre los derechos de los menores españoles de origen y esta nueva normativa de extranjería que impedía la regularización preferente de sus padres. La clara oposición entre los derechos constitucionales y las vías reglamentarias para hacer efectivo tal derecho ha provocado una notable litigiosidad en relación a las cuestiones de lograr la regularización de los progenitores de menores españoles¹⁵.

Dos han sido las vías argumentativas que se han desarrollado para alcanzar el objetivo de regularizar la situación de los progenitores de un menor español de origen; bien la vía de la residencia como familiares de residente comunitario, bien la vía de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Analicemos brevemente ambas:

¹³ De hecho, la propia Secretaría de Estado respondió, con fecha 17 de abril de 2007, a la consulta efectuada por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz, en un supuesto de este tipo sin hacer referencia a la Disposición Adicional Primera, párrafo 4 del RD 2393/2004 ni a la obligación de la Subdelegación del Gobierno de remitirle este tipo de expedientes.

¹⁴ En la respuesta que la Dirección General de Inmigración realizó a la consulta efectuada por la Subdelegación del Gobierno en Cádiz en un supuesto de este tipo que acabamos de citar, la Dirección General afirmó, “*no cabe apreciar que el mero hecho de ser progenitor de un menor español suponga por sí mismo la concurrencia de una circunstancia excepcional*”.

¹⁵ De hecho, esta fue una de las cuestiones que se esgrimieron en el recurso presentado contra el Real Decreto 2393/2004 y que fue finalmente rechazado en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 enero 2007, antes mencionada.

a) Tarjeta de residencia como familiares de residente comunitario para los progenitores de un menor español de origen.

La primera vía que abrieron determinados jueces y tribunales que permitía a los progenitores de menor de edad español obtener título habilitante para residir en España ha sido la de concederles la Tarjeta de residencia como familiares de residente comunitario.

El desarrollo argumentativo para justificar tal opción era relativamente sencillo. El artículo 2.c) del Real Decreto 178/2003¹⁶, establecía como beneficiarios de las citadas Tarjeta de residencia de familiares de residente comunitario a los ascendientes de los mismos siempre que dependieran económicamente del residente comunitario.

Dados los condicionantes constitucionales, internacionales y legales que exigen al ordenamiento jurídico español reconocer la especial situación de estos menores españoles y de sus padres, determinados jueces realizaron una interpretación amplia de esta condición llegando a la reciprocidad de la misma. Es decir, según esta vía interpretativa la exigencia de dependencia económica que establecía el Real Decreto 178/2003 quedaba cumplida tanto en aquellos casos en los que el sostenimiento económico del ascendiente provenía del residente comunitario como en los supuestos en los que era el residente comunitario el que dependía económicamente de su ascendiente.

Evidentemente, esta ampliación de la interpretación de la condición de depender económicamente servía para que el juez incluyese en ese supuesto al menor de edad de nacionalidad española que depende económicamente de sus ascendientes y, por tanto, les concediese a éstos la Tarjeta de residencia de familiar de residente comunitario¹⁷.

¹⁶ Real Decreto 178/2003, 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (Vigente hasta el 1 de abril de 2007)

¹⁷ La más importante es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 10 de marzo de 2006 (184/06). Además podemos hacer referencia a distintas sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo como las del JCA nº 4 de A Coruña de 30 de junio de 2006, nº 1 de Alicante, de 4 de abril de 2007 (130/07), nº 3 de Alicante de 3 de mayo de 2007, JCA nº 2 de Santander de 29 de mayo de 2007 (140/07),...

El tránsito por esta vía para la regularización de los progenitores de menores españoles había quedado, en principio, vetado con la entrada en vigor del nuevo Real Decreto 240/2007. No obstante, al haber sido anulada la Disposición Final Tercera Dos de dicho texto, que excluía a los ascendientes de españoles de la posibilidad de obtener nuevos permisos de residencia como familiares de ciudadanos de la Unión y los remitía a la regulación general que, para los ciudadanos extranjeros, establece el citado Reglamento de la LODYLE, por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, el régimen para los progenitores de ciudadanos españoles vuelve a ser el equivalente al régimen de los ciudadanos comunitarios¹⁸.

Por ello, la cuestión esencial vuelve a ser la mención “vivir a su cargo” que aparece en el apartado d) del artículo 2 del Real Decreto 240/2007. Es claro que la Administración no está por la labor de ampliar dicha interpretación. No obstante, tras la sentencia del Tribunal Supremo, la vía del régimen comunitario para los progenitores de menores españoles vuelve a estar formalmente abierta y corresponderá a los Tribunales de Justicia validar la interpretación recíproca de la cuestión de la dependencia económica.

b) Autorización de residencia por circunstancias excepcionales para progenitores de menores de edad españoles.

¹⁸ En concreto, la Disposición Final Tercera Dos del RD 240/2007 introducía la Disposición Adicional Vigésima en el RD 2393/2004, con el siguiente tenor: “1. *El Real Decreto 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, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:*

4. A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, que vivan a su cargo, siempre que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 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, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección II del capítulo I del título IV del presente reglamento.”

Paralelamente a las sentencias antes mencionadas, acerca del reconocimiento a los progenitores de menores españoles del derecho a obtener autorización de residencia como familiares de residentes comunitarios, también se ha ido desarrollando otra corriente interpretativa que permitía acceder a la regularidad documental a estas personas mediante la vía de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales¹⁹.

La base argumental de esta opción es la de defender la consideración de que la enumeración de supuestos que establece el artículo 45 del Reglamento de la LODYLE no tiene la consideración de *numerus clausus*, sino que a las circunstancias excepcionales allí enumeradas se les pueden agregar otras que la Administración considere apropiadas para la obtención de una autorización de residencia.

Este argumento tiene como fundamento el adecuado entendimiento del principio de jerarquía normativa, frente a lo que en estos casos plantean las Administraciones competentes. Así lo entendió la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el 8 de enero de 2007. De acuerdo a esta sentencia, el catálogo de situaciones que regula el artículo 45 del Reglamento para la concesión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no puede considerarse cerrado, pudiendo aplicarse directamente lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000. Si la LODYLE en su artículo 31.3 hace referencia a “otras circunstancias excepcionales”, aunque el artículo 45 del Reglamento no desarrolle las mismas, la opción de obtener título habilitante para la permanencia en España mediante autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no queda limitada a los supuestos expresados en el artículo 45 del Reglamento sino que, si el interesado prueba la concurrencia de una determinada circunstancia excepcional que justifique la obtención de documentación, ésta deberá ser apreciada por la Administración.

Una vez considerada la posibilidad de ampliar las circunstancias excepcionales del artículo 45, parece evidente que el hecho de ser progenitor de un menor de edad español tiene la suficiente envergadura para que pueda ser apreciada la necesidad de

¹⁹ Vid. por ejemplo, sentencia del JCA nº 3 de Cádiz de 30 de julio de 2007 (736/06); sentencia del JCA nº 1 de Palma de Mallorca de 29 de octubre de 2007 (418/07).

conceder autorización de residencia temporal por parte de la Administración, relacionando esta circunstancia con la efectiva presencia de arraigo que concurre en el interesado al ser progenitor de un hijo con nacionalidad española y residir en España.

La necesidad de salvaguardar los derechos del menor español, las exigencias de los principios rectores de protección a la familia y protección integral de los hijos que los poderes públicos deben garantizar y el vínculo de parentesco del que nacen los deberes de alimento y cuidado son causas suficientes para entender, en la generalidad de estos casos, la necesidad de conceder autorización de residencia temporal a los progenitores de menores de edad españoles.

Sin embargo, la oposición expresa de la Dirección General de Inmigración, a la que hemos hecho referencia anteriormente, considerando que el hecho de ser padre de un menor de edad español no constituye, por sí, circunstancia excepcional suficiente para la obtención de autorización de residencia temporal, ha cerrado administrativamente esta vía y obliga a estas personas a iniciar procedimientos judiciales para el reconocimiento de este derecho.

De todas ellas, la más importante ha sido la sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de junio de 2009²⁰. En este caso, la Audiencia se enfrentó a la decisión de la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración por la que se le denegaba la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a la madre de un menor de nacionalidad española. En la sentencia, la Audiencia Nacional acoge la argumentación antes referida en relación con el carácter no exhaustivo de las circunstancias excepcionales enumeradas en el artículo 45 del Reglamento de la LODYLE. Así, considera subsumible dentro de las circunstancias excepcionales no previstas en el mismo pero que dan lugar a la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, la condición de madre de menor de nacionalidad española.

En esencia, es la misma argumentación que había expuesto la Oficina del Defensor del Pueblo que, con fecha 10 de septiembre de 2007, emitió una Recomendación a la Dirección General de Inmigración con el fin de que instruya

²⁰ Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 272/2008.

órdenes a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para que procedan a admitir a trámite y tramitar las solicitudes de tarjeta de residencia por circunstancias excepcionales solicitadas por progenitores extranjeros en situación documental irregular de menores de edad españoles, entendiéndose que la citada circunstancia es suficiente a los efectos del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, sin necesidad de alegar que el interesado se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004. Sin embargo, la Administración continúa sin acoger esta posibilidad y no permiten la regularización de los progenitores de menor de nacionalidad española.

6.- A modo de conclusión.

La reforma introducida en la LODYLE por la Ley Orgánica 14/2003 y la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004 provocaron que los progenitores de menores de edad españoles no puedan regularizar su situación documental cuando carecen de título habilitante para permanecer en España.

Este hecho, que en la mayor parte de los casos viene generado por la aplicación de la prohibición de apatridia contenida en el artículo 17.1.c) Cc, resulta bastante habitual y provoca una auténtica vulneración del derecho de los menores españoles a criarse y crecer en la compañía de sus progenitores. En estos casos, los poderes públicos están olvidando los principios constitucionales de protección de la familia y protección integral de los hijos, establecidos en el artículo 39 del texto constitucional.

Ante citadas circunstancias, determinados jueces y tribunales han venido aceptando la utilización de vías paralelas para que estas personas puedan acceder a la regularidad documental, tales como la obtención de tarjeta de residencia como familiar de ciudadano comunitario o de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

La trascendencia de los derechos de estos menores y de los principios constitucionales en juego hace que, desde nuestro punto de vista, la fórmula más adecuada sea la de la concesión de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la

Unión a los progenitores de menor de edad españoles. Sin embargo, el nuevo Real Decreto 240/2007 ha eliminado radicalmente esta posibilidad.

Este procedimiento tiene una consideración preferente, resulta más específico y, sobre todo, administrativamente más simple puesto que para su tramitación basta la presentación del pasaporte del progenitor y del Certificado de Nacimiento del menor de edad español, lo que limita el período de irregularidad de estas personas y permite una respuesta más rápida y eficaz a la exigencia generada por los derechos del menor español. Por ello, planteamos como una exigencia de “lege ferenda” la ubicación de este supuesto dentro de los individuos a los que resulta de aplicación el régimen de familiares de ciudadanos de la Unión.

Mientras tanto, la vía que queda abierta es la de la obtención de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. No obstante, pese a la Recomendación del Defensor del Pueblo, la Administración sigue siendo reticente, en la mayor parte de los casos, a conceder estos permisos.

Probablemente, trasluce en la respuesta de la Administración un rechazo evidente a los procesos de nacionalidad por presunción, considerados como una especie de “fraude de ley”²¹, en tanto en cuanto, en determinados casos, cuando nace un niño en nuestro país sus padres pueden elegir la nacionalidad que más les conviene. Es cierto que el artículo 17.1.c) del Código Civil rompe la lógica del “ius sanguinis” que establecen nuestras normas de nacionalidad; como es cierto que tal precepto es cumplimiento de una obligación internacional contraída por España.

No obstante, la conveniencia o no del mantenimiento de la nacionalidad por presunción es una cuestión que, en todo caso, debe ser solventada a través de una reforma del Código Civil en cuanto a la aplicación de la normativa de nacionalidad y no ubicando a esos niños, que obtienen la nacionalidad española por presunción, en una especie de “segunda categoría” de españoles en la que no tienen el derecho a criarse y crecer con sus padres y éstos no pueden cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad.

²¹ Tal es la argumentación que la Abogacía del Estado plantea en defensa de sus intereses en la sentencia antes citada de 29 de octubre de 2007 del JCA nº 1 de Palma de Mallorca, rechazada por otra parte de forma acertada en la sentencia.

La situación actual genera cierta inseguridad jurídica para estos menores y sus progenitores. La Administración les niega unos derechos que los jueces les reconocen. Por ello, y para evitar que estos progenitores tengan que esperar a resoluciones judiciales para hacer valer su derecho a residir en España con sus hijos, la Administración ha de abogar por establecer vías para la regularización. Hemos indicado con anterioridad, que la más adecuada sería su inserción dentro de los familiares de ciudadanos de la Unión. No obstante, en el momento en el que estas páginas son escritas, cuando se acaba de publicar el primer borrador nuevo Reglamento de la LODYLE se plantean algunas vías de solución. De hecho, el artículo 122.3 del Proyecto incluye el supuesto de progenitor de menor de nacionalidad española dentro de los que dan derecho a la autorización de residencia temporal por razones de arraigo, dentro de la categoría de arraigo familiar. De aprobarse tal y como aparece redactado, sería una buena forma de dar cumplimiento a las exigencias constitucionales y de Tratados Internacionales que tiene firmados España en reconocimiento de los derechos de los menores.