

Notificado. 6.02.2009.



La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo

07-EAJ-MJLR

Nº expediente: **08022221**

Sra. Dña.
MARIA :)
CARITAS ESPAÑOLA
C/ SAN BERNARDO Nº 99 BIS
28015 MADRID



Estimada Sra.:

Como continuación a nuestro anterior escrito, en el que le hacíamos saber que habíamos iniciado una investigación ante los organismos administrativos competentes, cúmplenos informarle, por si pudiera resultar de su interés que, con ocasión de otra investigación iniciada en relación con una actuación similar por parte del Puesto Fronterizo de Madrid-Barajas, se ha resuelto formular a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil el siguiente recordatorio de deberes legales:

“Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de aquella Ley Orgánica, recuerda el deber legal que incumbe a ese organismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución española de no coartar de modo alguno el derecho a entrar en España del que es titular cualquier ciudadano español”.

Asimismo, se ha resuelto dirigir al citado organismo la siguiente recomendación:

“Que se impartan instrucciones a todos los Puestos Fronterizos a fin de que en el control de entrada de ciudadanos extranjeros que vayan acompañados de menores de edad españoles y se acredite que son sus hijos, se tenga en cuenta la anterior circunstancia personal, a la hora de valorar la conveniencia de proceder a la denegación de entrada de estos progenitores en territorio nacional.

Que, de considerarse finalmente posible adoptar dicha denegación, se motive la misma de manera suficiente, teniendo en cuenta el derecho fundamental que asiste a todo ciudadano español de entrar en España, y que se haga constar en cualquier caso en el expediente la presencia de un menor de edad español, así como la realización de gestiones efectuadas para conocer el paradero del otro progenitor.

Que en caso de ser este progenitor localizado, se le ofrezca, en el supuesto de resolverse la denegación de entrada del progenitor extranjero, la posibilidad de hacerse cargo del menor de edad antes de devolver al mismo junto a éste.

Que, en cualquier caso, se informe con carácter inmediato al Ministerio Fiscal de la presencia de un menor de edad español en la Sala de Rechazados del Puesto Fronterizo”.

1 de 4

Paseo de Eduardo Dato, 31 - 28010 Madrid (España)
Tel. (+34) - 91 432 79 00 Fax: (+34) - 91 308 11 58



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-MJLR

Nº expediente: **0802221**

Y todo ello con base en los argumentos que a continuación pasamos a resumir:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 722/05 establece que el artículo 19 de la Constitución española reconoce a los españoles cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. Para quien está fuera de España, como ocurre en el caso que nos ocupa, el derecho a entrar en el territorio nacional protege la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional.

Pues bien, resulta imprescindible, que ante la presencia en un puesto fronterizo español de menores de edad españoles acompañados de quienes dicen ser sus progenitores, los funcionarios de policía encargados del control de fronteras, dejando en un segundo lugar sus tareas de control fronterizo, tomen en consideración en primer término y de manera inmediata, la realización de cuantas comprobaciones sean necesarias a fin de verificar, en su caso, la nacionalidad alegada por los menores, la filiación de estos y el paradero del otro progenitor. Una vez acreditada la nacionalidad española del menor, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía tienen acceso a la información necesaria a fin de verificar de manera inmediata, el lugar de expedición del DNI, domicilio del menor en España, así como la identidad de ambos progenitores. Asimismo, mediante el auxilio de los otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, es posible conocer el paradero del otro progenitor que pudiera encontrarse en España. Todas estas gestiones habrán de realizarse con toda la celeridad posible ya que se encuentra en juego el derecho fundamental de un ciudadano español a entrar en España.

Sin embargo, a juicio del Comisario de la Comisaría de Policía del Aeropuerto de Barajas, nada impide que los menores españoles, provistos de su pasaporte, puedan acceder a territorio nacional en cualquier momento. La anterior afirmación queda lógicamente sin contenido alguno, cuando, como ocurre en las dos investigaciones abiertas, nos encontramos ante menores de muy corta edad que necesitan de sus progenitores para el ejercicio de sus derechos. En palabras del Tribunal Supremo (STS de 26 de enero de 2005) en relación a una expulsión, pero con plena vigencia en el presente supuesto significa una "orden de desmembración cierta de la familia", ya que "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".

Como ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Defensor del Pueblo, con motivo de otras investigaciones (07016036) la protección jurídica de la familia como principio rector de nuestra vida política social y muy especialmente la de los menores, tiene como lógica consecuencia que los poderes públicos queden obligados a garantizar la posibilidad de que el menor pueda convivir con sus progenitores. El primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con sus padres. Este derecho -tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005- "es un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal." Por lo demás, es un derecho que tiene sus



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

07-EAJ-MJLR

Nº expediente: **08022221**

reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (v.g., art. 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; art. 143-2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; art. 154, que impone a los padres el deber [y les reconoce el derecho] de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.)". Todo esto ha de entenderse dejando a salvo los supuestos de privación de patria potestad y aquellos en los que quede debidamente acreditado que el progenitor se ha desentendido de los deberes propios de su condición.

En ninguno de los casos analizados se realizó por parte de los funcionarios encargados del control de fronteras, indagación alguna tendente a verificar la situación y el paradero del otro progenitor, que, en el primero de los casos, es además, ciudadano español que se encontraba en el Aeropuerto intentando contactar con su hijo y la madre de éste. No consta en el expediente diligencia alguna en la que se dejara constancia de las gestiones que se hubieran podido realizar a fin de ofrecer a la interesada la posibilidad de que sus hijos, de nacionalidad española, accedieran a territorio nacional.

El Puesto Fronterizo de Madrid-Barajas afirma en su escrito que resulta preciso comprobar que el progenitor es beneficiario del derecho comunitario, lo que le daría derecho a entrar en España. El precepto que invoca para considerar que la interesada en el presente caso no es beneficiaria de tal derecho, es el artículo 2 del Real Decreto 240/2007. Sin embargo, olvida, que el citado Real Decreto se dicta para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/38/CE. Asimismo, en la exposición de motivos del citado Real Decreto se recuerda la previsión del artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en cuanto a la aplicación subsidiaria de esta norma en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables. En concreto, el artículo 25.4 de la citada norma, prevé la posibilidad de autorizar la entrada en España de los extranjeros en los que, sin reunir los requisitos necesarios para la entrada, concurren situaciones de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos suscritos por España. Por tanto, es posible autorizar la entrada en España de dichos progenitores, conectando el anterior precepto con el artículo 3 de la Directiva citada que señala a qué otros miembros de la familia, no incluidos en el artículo 2, deberá facilitar el Estado miembro la entrada en su territorio, obligando a los Estados a estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificar toda denegación de entrada o residencia, entre otros a aquellos miembros de la familia que en el país de procedencia vivan con el ciudadano de la Unión.

Ante la invocación del derecho comunitario que realiza la Comisaría del Aeropuerto de Barajas, resulta preciso recordar que, precisamente desde la perspectiva del derecho comunitario, si en el presente caso la interesada fuera la madre de un menor de edad ciudadano de un país de la Unión, España se vería obligada a estudiar detenidamente sus circunstancias personales, a la luz, no solo de la Directiva citada, sino también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, que afirma que al tratarse de una niña de corta edad, para que la ciudadana comunitaria pueda disfrutar del derecho de residencia, debe tener derecho a ser acompañada por su madre, nacional de tercer Estado, que es la persona que se encarga de su cuidado. Tampoco se podría oponer la necesidad de proveerse de un visado, si lo que pretende la ciudadana extranjera es residir en nuestro país, ya que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 2002 (C-459/99) obliga a los Estados a otorgar a estas personas toda clase de facilidades para obtener los visados que



La *Aljunta Primera del*
Defensor del Pueblo

07-EAJ-MJLR

Nº expediente: **0802221**

necesiten, debiendo expedirse estos a la mayor brevedad, y en la medida de lo posible, en los lugares de acceso al territorio nacional. Resulta por tanto lógico que el ciudadano español, que no ha ejercido libertad comunitaria alguna, pretenda que las autoridades españolas, ante situaciones sustancialmente idénticas, le dispensen el mismo trato que a un ciudadano comunitario que intenta entrar en España junto a un miembro de su familia. Pero es que además, en el presente supuesto, esa invocación a la necesaria igualdad de trato, se haya acompañada de una vulneración del derecho fundamental que asiste a todo ciudadano español de entrar en España.

En ese sentido, y aunque en los supuestos planteados no existe vulneración de ninguna libertad comunitaria, ya que se trata de ciudadanos españoles que regresan a España procedentes de terceros Estados, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 2008 (C-212/06) señala: "Procede observar, no obstante, que la interpretación de disposiciones del Derecho comunitario puede resultar útil al órgano jurisdiccional nacional, incluso ante situaciones calificadas de puramente internas, en particular en el supuesto de que el Derecho del Estado miembro de que se trate exija que todo nacional de dicho Estado disfrute de los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en una situación que dicho órgano jurisdiccional considere comparable.

En conclusión, el Defensor del Pueblo considera que las resoluciones denegación de entrada y rechazo en frontera, dictadas en ambos casos por el Puesto Fronterizo de Madrid-Barajas, supusieron la vulneración del derecho fundamental de los hijos menores españoles que acompañaban a las interesadas, que la Constitución española en su artículo 19 reconoce a los mismos, de entrar en territorio nacional.

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

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

María Luisa Cava de Llano y Carrió

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