

Id Cendoj: 28079130052010100046
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 1343/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Concesión de la nacionalidad española por residencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 1343/ 2006, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña María Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de Don Jacinto , contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de diciembre de 2005, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-Administrativo número 311/04, sostenido por la representación procesal de Don Jacinto contra la resolución del Ministerio de Justicia, de fecha 4 de diciembre de 2003, que denegó a aquél la concesión de la nacionalidad española por residencia al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 29 de diciembre de 2005 , sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 311/04 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « *FALLAMOS: 1) Desestimar el recurso. 2) Confirmar los actos recurridos. 3) No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas* ».

SEGUNDO .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal del demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia, de fecha 23 de febrero de 2006 , en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

TERCERO .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y, como recurrente Don Jacinto , representado por la Procuradora Doña María Mercedes Martínez del Campo, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en un dos motivos, al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley* de esta Jurisdicción, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra que declare el derecho del recurrente a la concesión de la nacionalidad española.

CUARTO .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia al Abogado del Estado para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al indicado recurso, lo que llevó a cabo con fecha 2 de junio de 2008, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación por ser ajustada a derecho la resolución impugnada y que se impongan las costas al recurrente.

QUINTO .- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de

señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 9 de febrero de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación lo dirige la representación de D. Don Jacinto , nacional de Marruecos, contra la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 311/04), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio de Justicia de 4 de diciembre de 2003, que desestimó el recurso de reposición deducido contra la resolución de 26 de junio de 2003 que le denegó la concesión de la nacionalidad española por no haber justificado suficientemente una buena conducta cívica.

Contiene dicha sentencia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«En el caso que ahora nos ocupa, la parte recurrente - natural de Marruecos - solicitó la nacionalidad española el 19-4-2001, siendo así que de lo actuado aparece que la misma reside en España con los correspondientes permisos de residencia y trabajo desde 1990, habiendo obtenido la T.F.R.C. el 22-10-1993. El 14-10-1997 se dictó a su instancia sentencia de separación matrimonial de su esposa - de nacionalidad española y en rebeldía en dicho proceso -, quedando las dos hijas menores de edad en compañía y bajo la custodia del aquí demandante, que el 18-5-1999 denunció a su ex mujer por el incumplimiento de la obligación fijada en meritada sentencia relativa a la pensión de alimentos de sus hijas, respecto de cuya escolarización hay prueba en el expediente administrativo. Por otra parte, el recurrente trabaja como vendedor ambulante autónomo, obteniendo unos ingresos mensuales de unas 300.000 pesetas (según informe de la policía de fecha 5-10-2001), apareciendo regularizada su situación con la Administración tributaria y la Seguridad Social. Además de todo lo anterior, el demandante fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid en sentencia nº 228/1996, de 19-6 por un delito de atentado, otro delito de lesiones y una falta de lesiones en razón a los siguientes hechos probados : "--- sobre las 9,00 horas del día 19 de noviembre de 1995 el acusado Jacinto , mayor de edad y sin antecedentes penales, entabló una discusión en su domicilio con su esposa Zulima , en el curso de la cual agredió a ésta, por lo que Zulima llamó a la policía. Una vez que los policías se encontraban en la vivienda, el acusado intentó agredir de nuevo a su mujer, por lo que los policías intervinieron para impedirlo, lo que motivó que el acusado propinase un puñetazo al policía municipal nº ---, causándole un esguince en el dedo pulgar de la mano derecha, al haberla levantado el policía para defenderse. Como consecuencia de estos hechos Zulima ha sufrido lesiones, de las que ha tardado en curar 7 días, de los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales y por las que ha precisado una sola asistencia facultativa. El policía nº --- ha sufrido lesiones que le han incapacitado durante 36 días y por las que necesitó tratamiento ortopédico conservador; no reclama por dichas lesiones". La referida sentencia penal fue confirmada en apelación por otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 30-10-1996 . Pues bien, las resoluciones administrativas puestas en tela de juicio tienen en cuenta precisamente los hechos que acabamos de transcribir y que motivaron la condena penal del demandante para denegarle la nacionalidad española al entender que los mismos impiden considerar que concurren en el caso los requisitos de la buena conducta cívica y del suficiente grado de integración en la sociedad española . Frente a lo anterior, la demanda rectora del actual proceso hace hincapié en que el interesado tiene residencia legal en España desde 1990, está casado -aunque media una sentencia de separación matrimonial- con una española, con la que tiene dos hijas menores que están bajo su custodia, está plenamente integrado en la sociedad española, teniendo medios de vida propios y careciendo de antecedentes penales al estar los mismos cancelados, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad española.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte desestimatoria del recurso si tenemos en cuenta, además de la doctrina legal más atrás referida, el criterio de interpretación que ha de regir en la materia que nos ocupa, que aparece recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 12/11/2002 [...] Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los antecedentes penales, pues, como vimos más arriba, lo que el *artículo 22 del Código Civil* exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, cual es el caso que nos ocupa, en que no puede obviarse que la gravedad de los hechos por los que el demandante fue condenado unos años antes de presentar la solicitud de concesión de la

nacionalidad española impide estimar que el mismo cumpla el requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito es incompatible con aquellos hechos, y ello con abstracción del otro requisito de la integración social, de modo que el arraigo familiar o laboral no basta para el éxito de la pretensión actora si falta aquella exigencia de la buena conducta cívica, por lo que el recurso ha de decaer".

SEGUNDO .- El escrito de interposición del recurso de casación consta de dos motivos.

El primer motivo, formulado al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , comienza señalando, sin cita de normas jurídicas infringidas, que la resolución administrativa es nula por no haber tenido en cuentas las alegaciones presentadas en vía administrativa y por no haberse practicado la prueba propuesta. A continuación dice que el acto recurrido (entendemos que se refiere al acto administrativo impugnado en la instancia) es nulo de conformidad con el *artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC)* por lesionar un derecho susceptible de amparo constitucional (que no se identifica), dado que -afirma el recurrente- tiene todos los requisitos para la obtención de la nacionalidad por residencia, y concretamente carece de antecedentes penales. Seguidamente, dice que se ha infringido la presunción de inocencia del *artículo 24.2 de la Constitución* y que prolongar los efectos de los antecedentes penales más allá de la cancelación supone infracción del *artículo 25 de la propia Constitución*. Cita el *artículo 21 del Código Civil* y alega que no hay razones de orden público para denegarle la nacionalidad española. Apunta que la buena conducta cívica nada tiene que ver con la cancelación de antecedentes penales y aduce que su vida es compatible con el estándar de conducta idóneo para conseguir la nacionalidad española.

El segundo motivo se formaliza al amparo del *artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* . Alega la parte recurrente que *"la resolución es una decisión arbitraria no fundada en Derecho y por tanto contraria al art. 24 de la Constitución española ... la reproducción literal de la expulsión de un territorio es considerada motivación insuficiente... dicha resolución... es un mero formulario relleno pero sin motivación ni fundamentación, habiéndose obviado sus alegaciones y sancionado a una persona sin ser oída y sin tener en cuenta el trámite de audiencia"*. Añade que la no concesión de la nacionalidad vulnera el *artículo 39 de la Constitución*, ya que tiene a su cuidado a sus hijas, y apunta que se ha infringido el *artículo 106 de la Constitución* al haberse denegado su solicitud de forma arbitraria.

TERCERO .- El segundo motivo de casación (que examinamos en primer lugar a la vista de las alegaciones que en él se formulan) no puede prosperar.

En este segundo motivo la dirección letrada de la parte recurrente se ha servido de un formulario de recurso sustancialmente igual al empleado en otros recursos de que ha conocido esta Sala (v.gr., en AATS de 12 de marzo y 23 de abril de 2009, RRC 3926/2008 y 4815/2008), y tal vez por ello desliza alegaciones que parecen referidas a pleitos que nada tienen que ver con el asunto aquí examinado.

En efecto, alega la parte recurrente en este segundo motivo que *"la reproducción literal de la expulsión de un territorio es considerada motivación insuficiente"* , pero la referencia a los expedientes de expulsión del territorio nacional carece del menor sentido desde el momento que en este caso no se ha planteado en ningún momento la expulsión del recurrente del territorio nacional, al contrario, en periodo probatorio se unió a las actuaciones un certificado de la Dirección General de la Policía en el que se acredita que el interesado obtuvo con fecha 26 de diciembre de 2002 un permiso de residencia permanente y con validez indefinida.

Dice también la parte recurrente en este segundo motivo que la resolución (entendemos que se refiere a la resolución de la Administración) es *"un mero formulario relleno pero sin motivación ni fundamentación, habiéndose obviado sus alegaciones y sancionado a una persona sin ser oída y sin tener en cuenta el trámite de audiencia"* ; alegación esta tan carente de fundamento como la anterior, por varias razones: *primero* , porque basta leer la resolución de 26 de junio de 2003, denegatoria de la nacionalidad, como la posterior de 4 de diciembre de 2003, desestimatoria del recurso de reposición promovido contra la primera, para constatar que ambas se basan en una contemplación casuística de las circunstancias del solicitante; *segundo* , porque la denegación de la nacionalidad española no tiene la naturaleza de acto sancionador, por lo que sorprende la afirmación del recurrente de que ha sido sancionado; y *tercero* , porque el recurrente tuvo una activa intervención en el procedimiento administrativo, de manera que carece de sentido la alusión al trámite de audiencia.

Dice el recurrente que se infringe el principio constitucional de protección a la familia (*art. 39 CE*), lo que no se alcanza a comprender si se tiene en cuenta que, como acabamos de decir, goza de permiso de residencia permanente en España y la denegación de la nacionalidad española no afecta a la subsistencia de dicho permiso ni altera sus actuales relaciones paternofiliales.

En fin, se apunta una infracción del *artículo 106 CE*, lo que de nuevo carece de sentido, pues dicho artículo establece que " *los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican* ", y eso es precisamente lo que se ha hecho en este caso, pues el actor ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Administración que fue admitido, tramitado y resuelto mediante sentencia. Por lo demás, el propio *artículo 106 CE* se refiere a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo que, una vez más, nada tiene que ver con el caso examinado.

CUARTO .- En cambio, valorando de forma casuística las peculiares circunstancias que concurren en el caso, que a continuación explicaremos, vamos a estimar el primer motivo de casación.

La única razón de la denegación de la nacionalidad española fue la condena penal que se le impuso por unos hechos relacionados con un suceso de violencia doméstica o de género. Así lo resaltó la Administración en sus resoluciones y así lo señala también la Sala de instancia en su sentencia. No hay, insistimos, más notas desfavorables de cara a la prosperabilidad de la pretensión del interesado que esa condena penal, que fue la que condujo a la Administración y al Tribunal de instancia a concluir que no concurría en el ahora recurrente el requisito de la buena conducta cívica.

Pues bien, situados en esta perspectiva, hemos de recordar que según jurisprudencia constante, el requisito de la buena conducta cívica del *art. 22.4 CC* constituye un concepto jurídico indeterminado, por lo que la Administración debe verificar si concurre o no: si la respuesta es afirmativa, debe conceder la nacionalidad española; si la respuesta es negativa, debe denegarla. No puede, por tanto, fundar su decisión en consideraciones de oportunidad o conveniencia. Es igualmente doctrina jurisprudencial consolidada que el hecho de haber sido penalmente condenado no es, por sí solo, suficiente para tener por no acreditada la buena conducta cívica, de la misma manera, por cierto, que el hecho de carecer de antecedentes penales tampoco basta para tener dicho requisito por probado. Las actuaciones penales, con o sin condena, que hayan podido seguirse contra quien solicita la nacionalidad española por residencia son datos a tener en cuenta, junto con otros que puedan resultar relevantes, para valorar la actitud del solicitante desde el punto de vista del civismo. Por eso, la existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva: es posible que, aun habiendo sido ya cancelados los antecedentes penales, un hecho ilícito sea tan elocuente acerca de la falta de civismo del solicitante que pueda ser utilizado para tener por no satisfecho el requisito del *art. 22.4 CC*; y, viceversa, cabe que determinados antecedentes penales todavía no cancelados resulten, habida cuenta de su significado, insuficientes para formular un juicio negativo sobre el civismo del solicitante (SSTS de 17 de marzo de 2009 -RC 8559/2004- y 26 de mayo de 2009 -RC 1970/2005 -).

Doctrina jurisprudencial, esta, que ha sido resumida en la sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2009, RC 3002/26, donde reiteramos, primero, que " *la cancelación de antecedentes penales no es suficiente para dar por acreditado ese requisito de la buena conducta cívica* "; y segundo, que la buena conducta cívica constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en España, no pudiendo identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

En definitiva, el civismo no consiste sólo en no delinquir, sino en respetar unas pautas mínimas de respeto y solidaridad con respecto al resto de la sociedad (STS de 18 de junio de 2009, RC 2915/2005). De aquí que la Administración deba tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en cada caso, haciendo una razonable valoración de conjunto de las mismas.

Pues bien, volviendo, sobre la base de estas premisas, a la contemplación del caso que nos ocupa, es, desde luego, claro que la realización de conductas delictivas asociadas a la llamada delincuencia doméstica o de género merece, por su propia naturaleza, y en línea de principio, un juicio de desvalor que permite tener por no concurrente en quienes cometen tales conductas el requisito del *art. 22.4 CC*. Ahora bien, esta inicial afirmación tiene que ser tamizada y valorada a la luz de las concretas circunstancias de cada caso, con arreglo a la sensibilidad inherente al casuismo propio del ejercicio de la función jurisdiccional; pues habrá que examinar la entidad y trascendencia de tales hechos; las circunstancias personales, familiares y profesionales del interesado, y, singularmente, el tiempo eventualmente transcurrido desde esos hechos hasta que se solicita la nacionalidad española sin que se hayan reiterado conductas similares, dado que como dice con carácter general la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2009, RC 1279/2006, " *ante una conducta que ha sido objeto de pronunciamiento penal el tiempo transcurrido puede mitigar su desvalor social* ". Sin olvidar, en este sentido, que por decirlo en palabras de nuestra

sentencia de 6 de octubre de 2009, RC 2814/2006 , no es necesario insistir en el carácter rehabilitador de las penas privativas de libertad (*artículo 25.2 de la Constitución*) y en la proscripción del carácter estigmatizador de una condena.

Y en este caso concurren factores singulares que permiten sobrepasar el obstáculo que supone esa condena penal, de cara a la obtención de la nacionalidad pretendida, como son los siguientes:

- primero, que la condena penal impuesta fue cumplida y los antecedentes penales subsiguientes cancelados, no habiéndose alegado ni constando ningún otro antecedente desfavorable en la persona del interesado;

- segundo, que desde que ocurrieron los hechos por los que fue condenado, el día 19 de noviembre de 1995, hasta el día en que se solicitó la nacionalidad española, el 19 de abril de 2001, transcurrieron más de cinco años sin que conste en modo alguno que se reiteraran conductas similares a aquellas por las que fue condenado ni que se cometieran cualesquiera otras conductas constitutivas de infracción de cualquier otro tipo;

- y tercero, y principalmente, que en este caso concurre una circunstancia muy peculiar, que es la que en mayor medida determina la estimación del recurso, cual es que con posterioridad a ese suceso de violencia doméstica, la esposa del recurrente abandonó el hogar familiar, y las dos hijas del matrimonio quedaron al cuidado de este, más aún, por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Madrid de fecha 14 de octubre de 1997 (dictada en situación de rebeldía de la esposa del actor) se *decretó la separación matrimonial de los expresados, atribuyéndose al actor la guardia y custodia de esas dos hijas* (que entonces tenían seis y tres años de edad, respectivamente). No deja de ser llamativo para esta Sala que la esposa del aquí recurrente se ausentara del hogar familiar dejando unas hijas tan pequeñas al solo cuidado del recurrente, quien desde entonces ha asumido sus deberes paternofiliales, por cierto que sin que conste, de nuevo, reparo alguno sobre la forma con la que los ha desempeñado. Al contrario, consta en el expediente que ambas están satisfactoriamente escolarizadas, e incluso que el comportamiento académico de una de ella se califica de "excelente". Por lo demás, el actor percibe por su actividad profesional unos ingresos aptos para cubrir suficientemente las necesidades de esta unidad familiar.

En definitiva, al margen de esa conducta penal ya algo lejana en el tiempo, por la que ya cumplió condena y cuyos antecedentes están cancelados, no hay en las circunstancias vitales del actor ninguna traba para la obtención de la nacionalidad española desde la perspectiva de la buena conducta cívica exigible a quienes pretenden su obtención, mientras que, por contra, esas circunstancias vitales abonan el reconocimiento del derecho pretendido.

Por las razones expresadas hemos de estimar este motivo de casación y anular la sentencia recurrida y, situados en la posición procesal de Tribunal de instancia (*artículo 95.2.d) LJCA*), estimar el recurso contencioso-administrativo deducido contra la resolución denegatoria de la nacionalidad española por residencia, la cual anulamos por ser contraria al ordenamiento jurídico, declarando el derecho del recurrente a que le sea concedida la nacionalidad española por residencia.

QUINTO .- Al haber lugar al recurso de casación interpuesto, no procede hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas, según establece el *artículo 139.2 de la Ley* de esta Jurisdicción, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, de acuerdo con lo dispuesto concordadamente en los *artículos 95.3 y 139.1 de la misma Ley* .

Vistos los preceptos citados y los *artículos 86 a 95 de la Ley Jurisdiccional* .

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña María Mercedes Martínez del Campo, en nombre y representación de Don Jacinto , contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de diciembre de 2005, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 311/04, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación también del recurso contencioso- administrativo sostenido por la representación procesal de Don Jacinto contra la resolución del Ministerio de Justicia, de fecha 4 de diciembre de 2003, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución de 26 de junio de 2003, que denegó a aquél la concesión de la nacionalidad española por residencia, debemos anular y anulamos dicha resolución administrativa por ser contraria al ordenamiento jurídico y declaramos el derecho de Don Jacinto a que le sea concedida la nacionalidad española por residencia, sin hacer expresa

condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos
PUBLICACION .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.