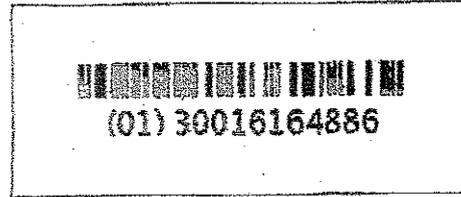


B/A. VICTOR ALONSO



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.33.3-2009/0119218

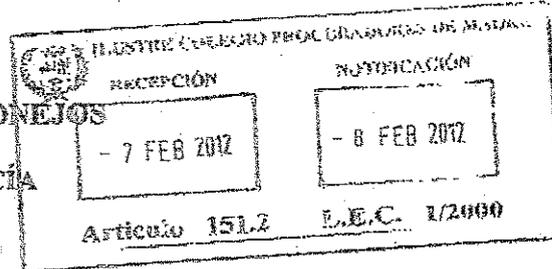


Procedimiento Ordinario 125/2009

Demandante: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. ARACELI DE LA TORRE JUSDADO
Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 35

Presidente:
D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
Magistrados:
D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA
D. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ
D. ALFREDO ROLDÁN HERRERO



En la Villa de Madrid a veinte de enero de dos mil doce.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 125/2009 promovidos por la procuradora de los tribunales doña Araceli de la Torre Jusdado, en nombre y representación de **DOÑA [REDACTED]** contra la resolución del Consulado de España en Santo Domingo (República Dominicana), de fecha 24 de noviembre de 2008, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución de ese mismo órgano, de 22 de agosto de 2008, por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado, el 7 de julio de 2008, por doña Milaurys [REDACTED] en cuanto hija de la recurrente; habiendo sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la recurrente arriba expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite.

SEGUNDO: En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dictara sentencia por la que con estimación del recurso se acuerde declarar la nulidad y no ser conforme a derecho la resolución recurrida, condenando al Consulado de España en Santo Domingo a resolver favorablemente la concesión de la solicitud de visado de residencia familiar solicitado por doña Milaurys , solicitada por la actora, retrotrayéndose las actuaciones hasta ese momento.

TERCERO: A continuación se confirió traslado a la Abogacía del Estado, en la representación que ostentaba de la Administración General del Estado, lo que se verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Mediante auto se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada. Recibido el pleito a prueba, se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos su resultado obra en autos. Finalmente, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2012, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. D^o José Arturo Fernández García , magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso contencioso administrativo la resolución del Consulado de España en Santo Domingo (República Dominicana), de fecha 24 de noviembre de 2010, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución de ese mismo órgano, de 22 de agosto de 2008, por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado, el 7 de julio de 2008, por doña Milaurys en cuanto hija de la recurrente arriba reseñada. La actora y reagrupante es nacional de la República Dominicana y residente en España. La hija de la actora y reagrupada es nacional y residente en la República Dominicana.

La resolución originaria recurrida dictada razona dicha denegación del visado en los siguientes términos: " Vistos los Art.39 a) y 43 4) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, le comunico que este Consulado General ha resuelto desestimar la solicitud presentada; Manifiesta falta de correspondencia entre la edad ósea y la que figura en los documentos aportados que induce a pensar que estos son falsificados y la solicitante ya ha cumplido los 18 años".

La resolución dictada en vía de recurso de reposición razona del mismo modo: " Tras solicitarse prueba de edad ósea, las mismas confirman la percepción de este Consulado General, al determinar que se trata de una persona adulta, por ello y en base a las pruebas confirmadas por el departamento de Imagenología y Radiología del laboratorio, por las cuales no se concluye que se trate de un menor de 18 años, este Consulado General, se ratifica en su decisión de denegación aplicando el artículo 39 b) del RD 2393/2004, de 30 de diciembre".

Por resolución de 14 de abril de 2008 la Delegación del Gobierno en Madrid emitió informe favorable por reagrupación familiar, a instancia de la recurrente, a la hija de la misma y solicitante del presente visado.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, impugna dichas resoluciones recurridas señalando, en esencia, que en el presente caso la solicitante del visado cumple los requisitos previstos legalmente para su obtención, pues consta en el expediente un certificado de nacimiento auténtico emitido por las autoridades dominicanas sin que se haya acreditado que el mismo no sea veraz. No bastando para denegar la solicitud del visado el





resultado de una prueba médica de edad ósea, dado el gran margen de error existente en dicha prueba. Igualmente, opone dicha parte la falta de motivación de los actos recurridos. La defensa del Estado se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

TERCERO.- Para resolver las cuestiones litigiosas de fondo suscitadas en este procedimiento se ha de recordar, como esta Sala ha señalado en distintas sentencias, que el artículo 17.1.b) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y el artículo 39.b) del Real Decreto 2393/2004, son familiares reagrupables los hijos de los extranjeros residentes en España y los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal, y no se encuentren casados.

Según dispone el artículo 18 de la indicada Ley Orgánica, los extranjeros que hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año y que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia por dicho concepto y a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar, aportando, al mismo tiempo, la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada; cuando se acepte dicha solicitud, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al periodo de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

La Ley Orgánica no despeja las dudas que se suscitan respecto a la relación del procedimiento para la autorización de residencia con el expediente de visado, pero los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004 dan respuesta a dicha cuestión en el sentido de existir unidad procedimental entre el expediente relativo a la solicitud de la autorización de residencia y el de la autorización de visado, porque, contrariamente al régimen previsto en el Real Decreto 864/2001, en el sistema vigente el visado no puede pedirse antes de que se otorgue la autorización de residencia, y la eficacia de ésta se encuentra condicionada, entre otros, al requisito de que el visado se solicite y se conceda. Conforme a los preceptos citados, el extranjero reagrupante deberá solicitar, personalmente ante el órgano competente para su tramitación, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, acompañando a su solicitud, entre otros documentos, copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, del empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia y de la





disponibilidad de una vivienda adecuada para atender las necesidades familiares. Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda, previo informe policial sobre la existencia de razones que, en su caso, lo impidan. En el supuesto de que el extranjero cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, notificándolo al reagrupante, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional.

En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, si bien, en el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado. A dicha solicitud se ha de acompañar el pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, en su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente, copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante, documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica y el certificado médico correspondiente. La concesión del visado debe ser recogido por el solicitante personalmente dentro del plazo reglamentario, entendiéndose, en otro caso, que el interesado ha renunciado al mismo, y, una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquél, que en ningún caso será superior a tres meses, debiéndose solicitar la tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde la entrada.

Como puede observarse, en la regulación del Real Decreto 2393/2004 hasta que la autorización de residencia no se ha concedido, no es posible iniciar la tramitación del expediente de solicitud del visado que permita la entrada en territorio nacional, lo que, unido a la circunstancia de que la eficacia de la autorización de residencia se condicione a la petición del visado y a la entrada en España dentro de un plazo no superior al de tres meses desde la concesión del visado, sugiere que el Reglamento ha englobado las dos fases en un procedimiento unitario, como si se trataran de dos pasos sucesivos, sin posibilidad de solaparse en el tiempo, y recíprocamente condicionados.

Finalmente, se ha de indicar que el artículo 43.4 del RD 2393/2004, dispone:

“Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la





veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización”.

CUARTO.- Con relación a la alegación de falta de motivación de las resoluciones recurridas, ha de recordarse que a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

El artículo 27.6 de la indicada Ley Orgánica establece que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar, como es el caso presente. La exigencia de motivación, tal como se prevé en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico que ha llevado a la misma con el fin de que su destinatario pueda conocer las razones en las que se ha apoyado y, en su caso, pueda posteriormente defender su derecho frente al criterio administrativo, por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse, o no, de objetiva y ajustada a derecho, así como una garantía inherente al derecho de defensa del administrado, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ya que en la eventual impugnación del acto, si éste está motivado, habrá posibilidad de criticar las bases en que se ha fundado; por consiguiente el criterio de la Administración no puede limitarse a expresar la decisión adoptada sino que, en cada supuesto, debe exponer cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido y no por otro de los, en cada caso, posibles.

Sin embargo, ha de añadirse que, para que un defecto de motivación no subsanado determine la anulabilidad de la resolución administrativa, es preciso que haya dado lugar a la indefensión del interesado -artículo 63.2 de la Ley 30/1992- entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa.





En el presente caso, y como arriba se expone, los actos recurridos contienen, aunque sea en forma concisa, las razones fácticas y jurídicas por las que la Administración ha concluido con la denegación del visado. Esencialmente porque considera que el acta de nacimiento de la solicitante del visado no es conforme a la realidad dado que un informe médico indica una edad ósea de dicha nacida que no coincide con la edad que se desprende de ese acta. Evidentemente, se podrá estar o no de acuerdo con dichos razonamientos, y si los mismos se ajustan o no a derecho, lo cual se examinará y resolverá al tratar del fondo del asunto, pero lo cierto es que tanto la parte actora como este Tribunal tienen conocimiento de esa suficiente motivación, de forma que aquella ha podido alegar y proponer medios de prueba en defensa de sus derechos, por lo que no se ha producido en ningún caso la efectiva indefensión que constituye el requisito esencial para anular el procedimiento por esa causa. Por todo ello, dicho motivo se ha de rechazar.

QUINTO.- Entrando a conocer ya del fondo del asunto, se ha de recordar que esta Sala mantiene el criterio uniforme y consolidado de que esa exigencia de ser menor de 18 años de edad en los solicitantes de visados como el presente (hijo de extranjera residente en España) se ha de valorar a la fecha de inicio del expediente, que es la de presentación en la Delegación de Gobierno correspondiente de la solicitud de autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar. En el presente caso, dado que en el expediente no consta esa fecha de presentación, a la vista de lo alegado por la recurrente en la demanda, esa fecha ha de ser la de 10 de abril de 2008.

Como contestación al requerimiento de subsanación realizado por el Consulado demandado, se aportó informe médico emitido por el Departamento de Imágenes Médicas Diagnósticas Hospiten San Domingo (República Dominicana), de fecha 5 de agosto de 2008, que, en relación a la edad ósea de Milaurys , dio el siguiente resultado: "Según comparación con el atlas radiológico de Manos y Muñeca de Gerulich And Pyle, edad ósea corresponde a los 18 años"

Se ha de señalar que la certificación de la inscripción de nacimiento (acta inextensa de nacimiento) de la solicitante de visado obrante en el expediente indica que dicha acta se practicó en virtud de declaración oportuna del padre realizada el día 20 de noviembre de 1991, cuando el nacimiento se produjo el 15 de noviembre de 1991.

Como esta Sala ya ha establecido en sentencias dictadas en casos similares al presente, la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a





través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (edad ósea), es la prueba que más se utiliza a los efectos de determinación de la edad de menores indocumentados, pero sus resultados no son absolutos, sino limitados. Como cualquier método de predicción, no se obtienen con él datos exactos y presenta desviaciones. Se ha de recordar que este método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle (Radiographic Atlas of skeletal development of hand and wrist"), o si se quiere, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basado en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona.

En el presente caso, el informe médico de prueba ósea es muy escueto, y se limita exclusivamente a indicar que en esa fecha de su emisión(5 de agosto de 2008), la hija de la actora tenía 18 años de edad. Se presume, porque no se indica textualmente en el informe, que la examinada ha alcanzado en esa fecha de emisión del dictamen la maduración ósea, por la fusión completa de todos los cartilagos del crecimiento. Se comprenderá, porque corresponde a la experiencia común, que no existe una uniformidad en el desarrollo esquelético y esta clase de pruebas del examen radiológico de la mano izquierda está basada en métodos estadísticos o, si se prefiere, los resultados que se obtienen son siempre en términos de probabilidad. De manera que la evaluación de la edad de un niño o adolescente por esta clase de métodos está sujeta a desviaciones y márgenes de error, no siendo extraño que existan ciertas diferencias entre la edad de maduración ósea y la edad real, sino que científicamente compatibles ambas realidades, lo cual, por lo demás, viene siendo señalado insistentemente por las Clínicas Médico Forenses. Es más, en las recomendaciones a España del informe Separated Children in Europe de Human Rights Watch se expresa que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de al menos veinte meses. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su reciente informe de noviembre de este año 2010, ha recomendado a España que elabore un protocolo uniforme para los métodos de determinación de la edad y asegurar que estos procedimientos se llevan a cabo " con métodos seguros y científicos".

En cualquier caso, y a los efectos de la presente cuestión litigiosa, en concesión de visados de personas que poseen documentación, aunque sean discutible, no es correcto acudir únicamente al resultado de la prueba de determinación de la edad ósea por la radiografía de





muñeca para decidir si se está en presencia de una persona mayor de 18 años (que por razón de la edad no tendría derecho a la reagrupación en calidad de descendiente); y tampoco la forma de operar puede ser la misma en materia de visados que en ese otro campo de los menores indocumentados no acompañados.

Para exigir o recomendar la aportación de la prueba de predicción de la edad en un procedimiento de visado, el punto de partida, a modo de presupuesto, es que se cuestione seriamente, por considerarlo fraudulento o poco fiable, el certificado de nacimiento, por las dudas sobre la fiabilidad del registro, de la inscripción, y también por el aspecto (antropométrico) que presente el solicitante.

En este punto se ha de recalcar que en la República Dominicana las inscripciones muy tardías de nacimiento practicadas a partir de una mera declaración sin datos objetivos del parto constituyen una práctica que no impide tacharlas de dudosas. También es cierto que el Consulado ha tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros la inscripción del nacimiento. Sin embargo, como se desprende de la documentación arriba reseñada, la inscripción de nacimiento de la solicitante de visado se practicó a los pocos días del nacimiento. Por lo tanto, en este caso, salvo que se recuse en su totalidad la validez de cualquier inscripción de los Registros de la República Dominicana, no ha habido una dilación temporal de esas inscripciones de la que se pueda concluir con rigor que las mismas se hubieran creado deliberadamente con objeto de beneficiarse del hecho del nacimiento. Ni tampoco consta otros elementos incluso indiciarios que hicieran pensar que ese acta de nacimiento no fuese veraz.

En este campo, y con todas las prevenciones que hayan de tenerse para prevenir los fraudes documentales, rige el principio general de la presunción de validez de los documentos extranjeros del estado civil, por el interés general que representa la fiabilidad de los datos sobre el estado civil y los derechos fundamentales del interesado. En casos de duda respecto de los documentos de filiación, es conveniente acudir a los procedimientos de comprobación contenidos en la Recomendación (nº 9), relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005. Pero, con carácter previo se ha de identificar el indicio o los indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento del acta del registro civil o del documento de que se trate, que igualmente se describen en la Recomendación.





En este caso que ahora se está enjuiciando no se ha identificado por la Administración ningún indicio del que resulte comprometida seriamente la veracidad de la inscripción de nacimiento de la solicitante del visado, de modo que no parece razonable el requerimiento de practicarse ese informe de predicción de la edad, que aunque se trate de un método científico basado en los estudios radiológicos (que son los más extendidos) arroja, como se ha visto, resultados con las desviaciones y razonables márgenes de los métodos estadísticos ya apuntados. En definitiva, la duda sobre la validez de la certificación de nacimiento ha de ser previa y no consecuencia de los resultados de la prueba ósea. Aún así, y dado el valor limitado de la prueba radiológica (en el presente caso existen informes con resultados divergentes), es preferible acudir a otros medios, por ejemplo, solicitar el historial sanitario, el expediente escolar, etc. para despejar las dudas que puedan suscitarse en orden a la edad.

A todo lo anterior se ha de añadir que incluso con el resultado del mencionado informe aportado al Consulado, consistente en prueba osteométrica con esas limitaciones expuestas sobre la determinación de la edad de la persona en cuestión, no se pueden tachar de forma seria los datos de la inscripción de nacimiento de la solicitante de visado. También se ha de tener en cuenta que incluso en el hipotético caso de aceptarse el resultado de ese informe, y dado que en el mismo sólo se recoge que en la fecha de su emisión (5 de agosto de 2008) la solicitante tiene una edad ósea de 18 años de edad, no se acredita que en la fecha de presentarse la solicitud inicial de la reagrupación(10 abril de 2008) dicha interesada fuera mayor de de 18 años .

Por todos estos razonamientos, se ha de estimar el recurso, anular los actos recurridos por no ser conformes a derecho y reconocer el derecho de la actora y de su hija Milaurys a que a ésta se le conceda el visado por reagrupación familiar solicitado.

SEXTO.- No se aprecian circunstancias que justifiquen la imposición de costas a ninguna de las partes (art. 139 de la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.



**FALLAMOS**

ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por **DOÑA [REDACTED]** contra la resolución del Consulado de España en Santo Domingo (República Dominicana), de fecha 24 de noviembre de 2008, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución de ese mismo órgano, de 22 de agosto de 2008, por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado, el 7 de julio de 2008, por doña Milaurys en cuanto hija de la recurrente, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** las resoluciones recurridas por no ser ajustadas a derecho, declarando el derecho de la recurrente y el de su hija doña Milaurys a que a ésta se le conceda el visado de residencia para reagrupación familiar que solicitó; sin que proceda expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

