

En la Villa de Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 6214/2010 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Ebrima contra la Sentencia de 21 de julio de 2010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 1676/2009, interpuesto por aquel contra tres resoluciones del Consulado de Dakar, de fecha 7 de octubre de 2009 que denegaron a los naturales de Gambia, visado de reagrupación con su padre el hoy recurrente.

Habiendo comparecido como parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso numero 1676/2009, interpuesto contra la tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de octubre de 2009, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia para reagrupación familiar interesadas por Hagie, Karim y Yankuba (hijos del recurrente, nacionalizado español).

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia, el 21 de julio de 2010, cuyo fallo es el siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. López Valero, en representación de D. Ebrima, sin costas."

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes la Procuradora Sra. López Valero, en representación de D. Ebrima, 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 21 de octubre de 2010, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO.- Dentro del plazo al efecto concedido compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrente, la representación procesal de D. Ebrima, al tiempo que presentó escrito de interposición del recurso de casación con fecha 13 de diciembre de 2010, haciendo valer dos motivos, ambos al amparo del art. 88.1.d) LRJCA:

1) Por infracción por indebida aplicación del art. 17 de L.O. 4/2000, en relación con el art. 1.3 de la misma Ley; así como infracción de los arts. 2, 3 y 4 del R.D. 240/07 y de la jurisprudencia establecida en STS 1-6-10.

2) Por infracción de los arts. 110 y 154 CC y 18 y 39 CE.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, formula la Abogacía del Estado escrito de oposición al recurso de casación, con fecha 15 de marzo de 2011, remitiéndose las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, de conformidad con las normas de reparto.

SEXTO.- Señalándose para votación y fallo el 14 de febrero de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de julio de 2010, por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 1676/2009, interpuesto contra tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de octubre de 2009, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia para reagrupación familiar interesadas por Hagie, Karim y Yankuba (hijos del recurrente, nacionalizado español).

La Sentencia desestima el recurso contencioso deducido en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

(“) Cuarto.- Los solicitantes son nacidos en 2001, 2005 y 2004, es decir, menores de edad y no se cuestiona por el Consulado la filiación, siéndoles aplicable el R.D. 240/07 de 16 de febrero, pero no el art. 4-2 que se cita porque éste viene referido a la entrada en España de familiares de un comunitario no español que acompañan a este o pretendan reunirse con él en España, y así lo especifica el art. 2 del mismo Real Decreto. Con todo, la Disposición Final Tercera introduce en el régimen general del R.D. 2393/04 una Disposición Adicional Vigésima para familiares no españoles, en este caso descendientes directos (apartado 1 -c) a quienes se entienden los mismos beneficios. En todo caso el preámbulo del R.D. 240/07 se refiere expresamente al inicio del párrafo duodécimo a la reagrupación familiar.

Quinto.- Aquí está el núcleo del debate, en este concepto de “reagrupación” y que es el que maneja el Consulado. En efecto, el citado Real Decreto es una norma reglamentaria para la adaptación a la normativa comunitaria, pero sigue teniendo su sustento en la L.O. 4/00 y lo que hace es introducir mayores facilidades de libre circulación así como elevar de 18 a 21 la edad máxima de los que pretenden ser traídos. Toda la legislación gira en torno a la reunificación de la familia rota por la emigración, y este faro es el que ha de guiar el debate. Llegados a este punto, es obligada la pregunta sobre si hay verdadera reagrupación. Los menores viven en su país con su madre (ha prestado su consentimiento) y otros hermanos arraigados allí todos y se pretende desarraigar para introducirlos en una familia que les es absolutamente extraña, con otra “madre” y con otros “hermanos” y en una casa ocupada hoy por siete personas ya. La demanda nos

viene a decir que los hijos son patrimonio del padre quien puede decidir soberanamente sobre ellos, si traerlos, si dejarlos allí, si trae a unos y a otros no... Esto es un verdadero fraude de ley que va contra el concepto mismo de la reagrupación. La L.O. 4/00 (art. 17-1-a) prohíbe la reagrupación de más cónyuges aun cuando la ley nacional permita estas situaciones de poligamia y por eso el aquí recurrente lo que hace es actuar su pretendido derecho patrimonial sobre los hijos y decidir sobre su destino ante lo que la madre biológica no puede sino acceder sumisa, y eso no es reagrupación sino justamente lo contrario, como acertadamente consideramos que ha estimado el Consulado.”

SEGUNDO.- La representación procesal del hoy recurrente funda su escrito de interposición del recurso de casación en dos motivos, ambos al amparo del art. 88.1.d) LRJCA:

1º) Por infracción por indebida aplicación del art. 17 de L.O. 4/2000, en relación con el art. 1.3 de la misma Ley; así como infracción de los artículos 2, 3 y 4 del R.D. 240/07 y de la jurisprudencia establecida en la STS de 1 de junio de 2010.

Hace una crítica exhaustiva de la sentencia de instancia, argumentando en esencia que la L.O 4/2000 no era aplicable en su caso, dado que se trata de reagrupar a los tres hijos menores de un ciudadano nacionalizado español, siendo aplicable el R.D. 240/07 (citando a estos efectos la Directiva 2004/38/CE, de la que es transposición aquél). Sostiene que, en virtud de lo establecido en los arts. 2.c), 3 y 4.2 del R.D. 240/07, los tres hijos del recurrente, por el mero hecho de ser hijos de ciudadano español y menores de 21 años, son titulares del derecho a residir en España, siendo preciso para su ejercicio el cumplimiento de la obligación de solicitar un visado, que debe ser expedido por la Administración de manera gratuita y preferente. Alude asimismo a la STS de 1 de junio de 2010 (RC 114/2007), que declaró nulos el inciso “otro Estado miembro” del art. 2 del R.D 240/07, así como las Disposiciones Adicionales 19ª y 20ª del R.D. 2393/2004, introducidas en dicha norma por la D.F. 3ª del R.D. 240/07, y afirmó que los familiares extracomunitarios de un español han de recibir el mismo trato que los familiares de los ciudadanos de los demás países de la UE, teniendo derecho a instalarse en España con su familia. Así pues, sostiene que la sentencia de instancia vulnera la normativa citada, pues según la misma los tres hijos del recurrente, nacionalizado español, y menores de 21 años tienen derecho a entrar, salir, circular, residir y trabajar en España.

En cuanto a las particulares circunstancias del caso, en el que se trata de hijos habidos con su primera esposa que quedará en Gambia, sostiene que las circunstancias sociológicas de otras naciones pueden dar lugar a situaciones alejadas de los usos habituales en nuestro país, pero que ello no priva a los hijos del derecho a residir con su padre, en aplicación de la normativa citada. Niega que se pretenda separar a los hijos de otros hermanos, pues se pretende traer a todos los hijos que tuvo con la primera esposa -como resulta del libro de familia unido al expediente- y niega que se trate de una imposición del padre a esa primera esposa pues consta el consentimiento expresado por ésta, tratándose de una decisión tomada conjuntamente en beneficio de

los hijos, negando también que vayan a vivir con una familia extraña, pues van a vivir con su padre y sus hermanos (uno es hijo previo de la actual pareja del recurrente y el otro hijo común de esta actual pareja y el recurrente). Niega que haya fraude de ley, pues se persigue que todos los hijos del recurrente habidos con la primera esposa residan en España con el padre en la creencia de que aquí tendrán mejores expectativas de formación y desarrollo, lo cual es compatible con la normativa aplicable referida por el recurrente. Añade que la sentencia de instancia se basa en prejuicios y no en motivos jurídicos. Invoca asimismo los arts. 14 y 39.2 CE y la interdicción de la arbitrariedad prevista en el art. 9.3 CE.

2º) Por infracción de los arts. 110 y 154 CC y 18 y 39 CE. Entiende que la reagrupación familiar forma parte de los derechos a la vida en familia y a la intimidad familiar y que, por tratarse del ejercicio de derechos constitucionales, cualquier restricción a su ejercicio debe estar expresamente prevista en la ley, debiendo ser su interpretación restrictiva y ajustada a los fines pretendidos, siendo el caso que no existe norma alguna que impida la reagrupación familiar de los tres menores con su padre español por las circunstancias señaladas en la sentencia de instancia.

Transcribe parte de la STS 21 de mayo de 2001 y STJCE 23 de febrero de 2010.

TERCERO.- El primero de los indicados motivos debe ser estimado, y, con él, el recurso.

La normativa aplicable a la reagrupación de los hijos del recurrente está constituida por el citado Real Decreto 240/2007, sobre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, dada la modificación del artículo 2 resultante de la supresión de los términos "otro Estado miembro" por nuestra Sentencia de 1 de junio de 2010, dictada en el recurso directo 114/2007. También mediante esta Sentencia fue anulada la disposición adicional vigésima del Reglamento de la Ley de Extranjería, introducida por aquel Real Decreto y relativa a la reagrupación por ciudadanos españoles. De todos modos, la reagrupación de descendientes de españoles, en lo que ahora nos interesa, resultaba idéntica en ambos textos, pues comprende la de los descendientes directos menores de veintiún años.

Esta normativa debe adicionarse con la contenida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Los descendientes directos menores de veintiún años disponen, en el seno de la legislación comunitaria, de la condición de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión según definición del artículo 2 de la Directiva, y, por tanto, son beneficiarios de sus disposiciones (artículo 3), entre las que se encuentra el reconocimiento de los derechos de entrada y residencia en los términos de los artículos 5 y 6.

Pues bien, en lo que respecta al presente caso, se cumplen todas las condiciones legales para permitir la estancia en España de los hijos del recurrente mediante el

instituto de la reagrupación familiar. Las objeciones que contiene la Sentencia de instancia, reproduciendo parcialmente las del acto administrativo recurrido, son producto de meras conjeturas y de una interpretación restrictiva del derecho a la reagrupación familiar que esta Sala ha rechazado con anterioridad.

Así, acerca de los efectos que, en orden a la relación familiar, produce la reagrupación de solo algunos de sus miembros, quedando los demás en el país de origen (reagrupación parcial), nos referimos en la Sentencia de 20 de julio de 2011 (RC 4669/2008). En ella examinamos el concepto jurídico de reagrupación familiar conforme a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 y las normas nacionales, todas aplicables a la reagrupación promovida por ciudadanos extranjeros y, por tanto, más limitada a la que es ejercida por nacionales. En dicha Sentencia concluimos que no hay obstáculo para acceder a la reagrupación en supuestos que no implican el traslado a España del entero núcleo familiar de quien la solicita, a lo que añadimos:

Para los descendientes directos menores de edad, que corresponden al nivel de parentesco más inmediatamente ligado a la noción de familia empleada en la Ley 4/2000, no se impone ningún requisito adicional ni respecto de ellos puede exigirse la alegación de otras razones justificativas adicionales. El legislador considera, siguiendo la Directiva antes citada, que en semejantes supuestos la reagrupación familiar de los hijos menores de edad está justificada por sí misma.

A diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos, no exige la nuestra que la reagrupación se extienda al conjunto de los miembros de la familia ni tal requisito puede inferirse de los preceptos legales y reglamentarios, sino más bien al contrario: a tenor del artículo 42 del Reglamento de la Ley 4/2000 el extranjero que desee ejercer este derecho debe solicitar una autorización de residencia temporal “a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar”.

Y es que, en efecto, nada obsta en principio ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables, a medida que las condiciones de estancia del residente en el país de acogida vayan siendo más favorables, también desde el punto de vista económico. No cabe olvidar que a tenor de la propia Ley 4/2000 (artículo 18) el reagrupante debe acreditar que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, requisitos que no siempre serán fácilmente alcanzables en relación con todos los miembros de aquélla, de modo especial si es numerosa como en este caso ocurría, para emigrantes de escasos recursos.

Es cierto, como afirman la oficina consular y la Sala de instancia, que situaciones como la de autos pueden abocar a una fragmentación, más o menos provisional, de la familia que permanece en Marruecos pero también lo es que la fragmentación se había operado ya desde el momento en que uno de sus miembros (el padre en este caso) emigró y reside legalmente en España, siendo razonable -y acogible en Derecho- su

pretensión de disfrutar de la vida familiar al menos con alguno de sus hijos menores de dieciocho años.

En consecuencia, debe rechazarse el criterio de la Sentencia recurrida que, acudiendo al sentido que a la reagrupación otorga la Ley Orgánica 4/2000, la considera inexistente en este caso por permanecer la madre de los menores en el país de origen.

Las demás circunstancias en que la Sala de instancia funda la denegación del derecho a la reagrupación obedecen a conjeturas o sospechas que no pueden corroborarse en casación. La Sentencia recurrida manifiesta que los menores reagrupables están arraigados en su país de origen y se pretende desarraigarlos para introducirlos en una familia extraña (la formada por su padre con otra persona y los hijos de ambos) mediante el ejercicio por el padre de un derecho patrimonial sobre ellos ante la sumisión de la madre.

Estas suposiciones sobre la situación de los menores en su país o la motivación de la madre para prestar su consentimiento para la venida de aquellos a España se hallan desasistidas de cualquier indicio probatorio. No ha sido objeto de controversia en el proceso la existencia de consentimiento materno, plasmado en tres documentos ratificados por la madre de los menores, por lo que su planteamiento supondría un exceso sobre los límites de este recurso de casación con la consiguiente merma del derecho de defensa del recurrente. Además, la Sala no puede presumir que tal consentimiento no existe o está viciado solo con fundamento en opiniones acerca del estatus familiar que, en este caso, ostentan los progenitores o los móviles que les animan. En cualquier caso, la concesión del visado por reagrupación familiar no priva a la madre del ejercicio de los derechos sobre los hijos en su país de origen, donde podrá hacerlos valer si no estima adecuado su traslado a España.

El derecho subjetivo reconocido a los familiares extracomunitarios tanto en la Directiva como en el Real Decreto antes citados tienen por finalidad el ejercicio en condiciones objetivas de libertad y dignidad de los derechos de libre circulación y residencia, como destaca el considerando 5 de la Directiva, así como proteger los derechos de los familiares reagrupables, conforme al preámbulo del Real Decreto, y, en definitiva, “facilitar la vida familiar, en sintonía con las declaraciones de derechos refrendadas por pactos internacionales” (Sentencia de 20 de julio de 2011, ya mencionada). Este derecho no puede estar sometido a limitaciones o interpretaciones restrictivas sobre la base de simples sospechas de su finalidad fraudulenta, ni tampoco sobre opiniones acerca de los efectos que puede ocasionar a los familiares no reagrupados, sobre los cuales nadie puede tener mejor conocimiento de causa que los propios interesados.

En definitiva, la sentencia impugnada ha infringido los artículos 2.c), 3 y 4 del Real Decreto 240/07, de 16 de febrero, y procede por ello revocarla y, estimando el recurso contencioso administrativo, anular los actos administrativos impugnados y declarar el derecho del recurrente y de sus hijos Hagie, Karim y Yankuba a la obtención de los visados solicitados.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas procesales del presente recurso, ni existen razones para hacer condena en las de instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Ha lugar y por lo tanto estimamos el recurso de casación número 6214/2010 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Valentina López Valero, en nombre y representación de D. Ebrima contra la Sentencia de 21 de julio de 2010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestima recurso contencioso-administrativo núm. 1676/2009, sentencia que casamos.

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del citado D. Ebrima contra la tres resoluciones del Consulado General de España en Dakar, de 7 de octubre de 2009, denegatorias de las solicitudes de visado de residencia para reagrupación familiar interesadas para los hijos de aquél Hagie, Karim y Yankuba, las cuales anulamos por no ser ajustadas a Derecho, y declaramos el derecho de los últimos a la obtención de los visados solicitados.

Tercero.- No imponemos las costas causas en este recurso ni en las de instancia a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular a la sentencia de fecha 14 de febrero de 2012, dictada en el recurso de casación 6214/2010, que formula la Magistrada de esta Sala Excma. Sra. D^a María Isabel Perelló Doménech.

Con el mayor respeto a la posición mayoritaria de la Sala formulo voto particular a la sentencia recaída en el recurso de casación 6214/2010 al entender que el presente recurso de casación debió haber sido desestimado, con base en las siguientes razones:

Primero.- El recurrente en casación, D. Ebrima, oriundo de Gambia y nacionalizado español, solicitó en 2009 visado de reagrupación familiar en régimen comunitario para tres hijos menores de edad, todos ellos de nacionalidad gambiana: D. Hagie, nacido en 2001; D. Karim, nacido en 2004, y D. Yanjuba, nacido en 2005. Conviene retener el dato

de que los tres hijos cuya reagrupación se interesaba eran menores de edad y además de corta edad, que al tiempo de la solicitud de reagrupación vivían en su país de nacionalidad, Gambia, al cuidado de su madre biológica y ex esposa del reagrupante, D^a Haja, con quien en su día había contraído matrimonio conforme a la Ley islámica.

Consta en el expediente un affidavit (documento que incorpora un testimonio o declaración jurada) otorgado por la madre de los menores, D^a Haja, ante un fedatario público de su país (“commissioner for oaths and affidavits”), en el que esta manifestaba su consentimiento para que sus tres hijos se encontrasen con su padre en España y permanecieran en este país con él, reconociendo que el progenitor disponía de medios para garantizar su viaje hasta España y su subsistencia y cuidados (concretamente, se expresa en idioma inglés, a los apartados 2º y 3º de dicho documento, que “I hereby agreed and give my full consent to my said children to travel to meet their father Ebrima in Spain and stay with him”, y que “their father has financial ability to lodge and take care of their boarding and all other cost connected to their stay in Spain”).

Ahora bien, aún cuando al apartado 4º del mismo documento se indica que la compareciente declara que todo lo manifestado supra es cierto según su leal saber y entender (“I make the above statement to the best of my knowledge, information and believe”), sin embargo, a la hora de firmar esa declaración, lo hizo mediante estampación de su huella dactilar, como es propio de las personas analfabetas, sin que figure incorporado al documento ningún tipo de diligencia o apostilla indicativo de que se hubiesen observado en su otorgamiento y firma ante el fedatario público cautelas como, por ejemplo, la lectura del contenido íntegro del documento por persona de su confianza y en su presencia antes de la firma del mismo, a fin de dejar constancia de que la compareciente tenía plena conciencia del contenido y trascendencia de su declaración, y de que lo que se había plasmado en el documento respondía fielmente a lo manifestado.

Finalmente, el visado de reagrupación de aquellos tres menores fue denegado por el Cónsul General de España en Gambia, mediante sendas resoluciones de 7 de octubre de 2009, coincidentes en su fundamentación, en las que se apuntaron las siguientes razones para justificar la denegación: “El candidato a ser reagrupado viene conviviendo en Gambia con su madre y sus hermanos (...) también candidatos a ser reagrupados por el mismo reagrupante. Esta solicitud de reagrupación en España con su padre generaría, en consecuencia, una ruptura del vínculo familiar hasta ahora existente con su madre y sus hermanos, lo que es contrario a la propia esencia de la reagrupación familiar establecida en la legislación española. Asimismo, en la documentación aportada se comprueba que el reagrupante reside en España con otra esposa y dos hijos, con lo que no resulta posible aplicar el concepto de “reagrupación familiar” con el progenitor, su nueva esposa y sus hermanastros cuando ello significa la “desagrupación familiar” con su progenitora en Gambia. Procede pues recordar lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que reconoce “el derecho a la vida en familia y la intimidad familiar” dentro del Capítulo II dedicado a la “reagrupación familiar”, siendo todo ello objeto del correspondiente desarrollo reglamentario en el Real Decreto

2393/2004 de 30 de diciembre. En consecuencia con lo expresado se le informa que su solicitud de visado ha sido denegada de conformidad con el artículo 43.4 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”

(Este artículo 43.4 establece que “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”).

Esto es, la razón determinante de la denegación del visado fue la duda sobre la veracidad de las razones invocadas para solicitar el visado, derivada del hecho de que su eventual otorgamiento produciría la ruptura del vínculo familiar ya existente en aquel momento entre la madre y los tres hijos pequeños que permanecían hasta entonces a su cuidado, o, lo que es lo mismo, que el reconocimiento del derecho a la reagrupación de los niños con el padre en España implicaría la separación y desvinculación (“desagrupación”) de su madre en Gambia. Así lo entendió la propia parte demandante y ahora recurrente en casación, que en el fundamento de Derecho primero de su demanda (pág. 2 in fine) reconoce y constata que “las resoluciones justifican la denegación en el hecho de que los solicitantes, al ir a residir con su padre, se separarán de su madre, lo que según la resolución es contrario a la propia esencia de la reagrupación familiar, señalando que por ello existen indicios suficientes para dudar de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, pues son otros distintos a la reagrupación familiar”.

El recurrente combatió estas apreciaciones de la Administración, señalando: primero, que la norma aplicable a su solicitud no era el Real Decreto 2393/2004 sino el Real Decreto 240/2007 (dada su condición de reagrupante español), y segundo, que no es la Administración española sino el padre y la madre quienes han de valorar con cuál de ambos progenitores han de convivir sus hijos, pues “ninguna norma obliga a que toda la familia deba reagruparse conjuntamente ni ninguna norma prohíbe que un hijo de padres separados se reagrupe con uno de sus progenitores tras convivir con el otro, ni que se reagrupe con un padre que tenga otros hijos de una nueva relación. Ni ninguna norma permite al Consulado decidir en lugar del solicitante en qué momento debe reagruparse con su padre ni con cuál de los dos padres debe convivir un menor” (pág. 5, in fine, de la demanda).

Por su parte, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo por entender que la solicitud de reagrupación revestía una finalidad fraudulenta (en fraude de Ley); que no puede aceptarse que los hijos sean patrimonio exclusivo del padre, y, en fin, que “(...) el aquí recurrente lo que hace es actuar su pretendido derecho patrimonial sobre los hijos y decidir sobre su destino ante lo que la madre biológica no puede sino acceder sumisa, y eso no es reagrupación sino justamente lo contrario,

como acertadamente consideramos que ha estimado el Consulado”. Es decir, la Sala se situó, para desestimar el recurso, en la misma posición crítica que había adoptado el Consulado acerca de los términos y fiabilidad del consentimiento dado por la ex esposa del reagrupante para desprenderse de sus tres hijos pequeños. De este modo, el examen del consentimiento prestado por la madre de los niños reagrupados, lejos de ser un dato pacífico e incontrovertido, resultó determinante de la denegación del visado y fue un elemento de singular relevancia en la formación de su juicio por la Sala de instancia. Por tanto, el examen de esta cuestión en el marco del recurso de casación no supone entrar en el terreno vedado de las “cuestiones nuevas” sino centrar el análisis del asunto en el punto que verdaderamente interesa.

Segundo.- La opinión mayoritaria de la que respetuosamente disiento parte de la aplicación del caso del Real Decreto 240/2007, puesto en relación con la Directiva 2004/38/CE (tema este sobre el que la fundamentación jurídica de la Sala de instancia es, ciertamente, un tanto confusa), que es algo en lo que estoy de acuerdo (aunque con el matiz que añadiré más adelante).

Situada en la perspectiva que deriva de la aplicación de ese marco normativo, apunta a continuación la sentencia de la que discrepo, con expresa remisión a nuestra sentencia de 20 de julio de 2011 (recurso de casación 4669/2008) que el derecho a la reagrupación familiar no está condicionado ni vinculado a la reagrupación total del entero núcleo familiar, sino que es jurídicamente legítimo y viable instar y obtener una reagrupación que no se extienda al conjunto de la familia sino a parte de ella; en lo que también estoy de acuerdo.

Ahora bien, he de puntualizar, a este respecto, que la cita de esa sentencia no despeja la cuestión controvertida, sencillamente porque lo que en ella se afirma es que cabe la reagrupación parcial, siempre partiendo del presupuesto de que existe acuerdo o coincidencia en torno a la reagrupación entre el/la reagrupante residente en España y la parte del núcleo familiar que queda sin reagrupar en el país de origen. En este caso, sin embargo, concurre la peculiaridad de que desde un principio ha estado sometida a discusión la validez y fiabilidad del consentimiento otorgado por la madre de los niños reagrupados, y esto sitúa la cuestión en una perspectiva distinta de la que se abordó en la referida sentencia de 20 de julio de 2011.

Es precisamente en este punto donde surge mi respetuosa discrepancia con la mayoría de la Sala.

Tercero.- Afirma, en efecto, la sentencia, recogiendo la opinión de la Sala, que la denegación de la reagrupación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo se han basado en meras conjeturas o sospechas, y que “estas suposiciones sobre la situación de los menores en su país o la motivación de la madre para prestar su consentimiento para la venida de aquellos a España se hallan desasistidas de cualquier indicio probatorio”. Más aún, añade la sentencia que “no ha sido objeto de controversia en el proceso la existencia de un consentimiento materno, plasmado en tres documentos ratificados por la madre de los menores, por lo que su

planteamiento supondría un exceso sobre los límites de este recurso de casación con la consiguiente merma del derecho de defensa del recurrente. Además, la Sala no puede presumir que tal consentimiento no existe o está viciado sólo en opiniones acerca del estatus familiar que, en este caso, ostentan los progenitores o los móviles que les animan. En cualquier caso, la concesión del visado por reagrupación familiar no priva a la madre del ejercicio de los derechos sobre los hijos en su país de origen, donde podrá hacerlos valer si no estima adecuado su traslado a España”.

Frente a estas apreciaciones, he de decir, ante todo, que como ha dicho reiteradamente esta Sala, en relación con el ámbito de cognición del recurso extraordinario de casación, una cosa son los hechos que se aportan al debate procesal y otra muy distinta la valoración jurídica que esos hechos merezcan. En la valoración de los hechos es donde la Sala de instancia tiene su función más privativa, ya que el Tribunal de casación (salvo excepciones como los casos de operaciones valorativas contradictorias o ilógicas, o que infrinjan normas que otorgan determinada eficacia a ciertos medios de prueba) ha de respetar la fijación de los hechos que haya realizado el Tribunal de instancia. Ahora bien, aun partiendo de la intangibilidad de los hechos, el Tribunal de casación tiene plena competencia para valorar la concurrencia de los conceptos jurídicos utilizados por el Ordenamiento y examinar críticamente lo que sobre su concurrencia o no haya declarado el Tribunal de instancia.

Conviene resaltar lo anteriormente expuesto porque es un hecho indiscutido que consta en el expediente un affidavit en el que la ex esposa del aquí recurrente y madre de los tres niños cuya reagrupación aquel instó, otorga su consentimiento a la reagrupación. Ahora bien, aun partiendo de este dato indiscutido, el juicio sobre la suficiencia jurídica de dicho documento (situado en el contexto en que se emitió y relacionado con los demás datos obrantes en el expediente) para tener por debidamente acreditado ese consentimiento materno es un juicio valorativo de carácter nítidamente jurídico, que este Tribunal de casación está plenamente legitimado para realizar, partiendo de la base de que, lejos de tratarse de una cuestión pacífica e incontrovertida, fue discutida en vía administrativa y en la instancia, y la propia sentencia ahora impugnada en casación así lo refleja en los párrafos supra transcritos.

Cuarto.- En este sentido, el Real Decreto 240/2007 no sólo no es un obstáculo para realizar este juicio valorativo sino que, al contrario, lo permite e incluso exige. Establece el artículo 4.3 de este Real Decreto que “cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado o de entrada, instada por una persona incluida en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto deberá ser motivada. Dicha resolución denegatoria indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por el presente Real Decreto, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado”.

Pues bien, esta cláusula, “orden público”, no se puede reducir a su acepción coloquial de mantenimiento del orden y seguridad colectiva desde la perspectiva policial, sino que tiene un significado jurídico más amplio y profundo vinculado a un orden de valores y

principios irrenunciables que han de observarse por su carácter estructural del Ordenamiento y del sistema de convivencia.

Así lo ha entendido esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en una materia tan ligada a la extranjería como es la de adquisición de nacionalidad española por residencia, pues, en efecto, son numerosas las sentencias que han apelado a consideraciones de orden público para entender ajustada a Derecho la denegación de la nacionalidad. Por citar una de las últimas, la reciente sentencia de 19 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 4648/2010) dice en relación con un solicitante de nacionalidad española casado en régimen de poligamia que “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”.

Quinto.- Pues bien, considero que en este caso, valoradas casuísticamente las circunstancias concurrentes, hay datos suficientes para concluir, sin que se trate de meras conjeturas, que atendiendo a razones de orden público (entendida esta expresión en el sentido que acabo de apuntar) ligadas a los términos en que fue prestado su consentimiento por la madre de los menores reagrupados, la denegación del visado fue correcta, y acertó la Sala de instancia al desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido contra dicha resolución.

En primer lugar, hemos de situarnos en el contexto familiar y social en que se produce la petición de reagrupación. Se trata de una reagrupación de tres niños de corta edad, que venían conviviendo en su país de origen con su madre, quien se casó en su día con el padre de los niños y reagrupante conforme a la Ley islámica, en un país que asimismo es de cultura mayoritaria islámica. Este dato ha de ponerse en relación con otro que esta misma Sala Tercera ha constatado en numerosos procesos relativos a la materia de asilo y refugio, como es la situación de desigualdad social e incluso jurídica y política en que se encuentran las mujeres en los países africanos de tradición islámica.

Situados en este contexto, me parece evidente que el consentimiento dado por una mujer para dejar marchar a sus hijos pequeños a un país extranjero y situado a miles de kilómetros de distancia a fin de reagruparse con su padre (con la consiguiente pérdida de todo contacto de la madre con sus hijos) debe ser examinado con rigor, a fin de constatar si hay datos para verificar con un grado de certeza y seguridad suficiente que ese consentimiento ha sido prestado consciente y libremente, esto es, con plenitud de conocimiento sobre el alcance y trascendencia de tal decisión, y sin presiones de ningún tipo para adoptarla aun contra su voluntad. Así lo exige la necesidad de salvaguardar el bien de los menores pero también el de la mujer, pues desde la perspectiva de la aplicación del Derecho español, nuestro Ordenamiento no puede desentenderse de una

cuestión tan atinente al orden público como es la protección de la mujer (y de los menores) frente a un estado de cosas de desigualdad y discriminación.

En este caso, el consentimiento a la reagrupación se pretende acreditar a través de un affidavit otorgado por la madre y ex esposa del recurrente ante un fedatario público de su país. Ahora bien, examinado ese affidavit, ocurre que la compareciente lo suscribe mediante la estampación de su huella digital, lo que es un signo inequívoco de su condición de analfabeta; y no hay en dicho documento ninguna diligencia adicional o apostilla que permita acreditar que aun siendo analfabeta y por ende incapaz de leer aquello que firmaba, comprobó y verificó que lo plasmado en el documento respondía fielmente a su voluntad y a sus manifestaciones.

Nuestro Ordenamiento jurídico prevé cautelas para los documentos que son otorgados por personas que no saben leer ni escribir, con el objeto de ampararlas y protegerlas frente a la situación de partida desfavorable que resulta de su analfabetismo. El Código Civil, en su artículo 697, exige, para otorgar el testamento abierto, la presencia de dos testigos idóneos cuando el testador no sabe leer por sí el testamento; y en similares términos el artículo 180 del Reglamento Notarial establece con carácter general que “en la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el Notario autorizante o cualquiera de las partes o cuando alguno de los otorgantes no sepa o no pueda leer ni escribir”. Esta regla descansa en una consideración tuitiva de la persona afectada que responde a un orden de justicia.

Sin embargo, en el caso que ahora examinamos no figura que en el otorgamiento de esa declaración ante el fedatario de su país, la compareciente fuera asistida por testigos, o debidamente instruida sobre el contenido del acta, o que, en fin, se hubiera observado cualquier otro tipo de cautela o prevención para verificar que realmente otorgó libremente su consentimiento en los términos expresados y con pleno conocimiento de la trascendencia de su declaración (que, no se olvide, implicaba algo tan drástico para cualquier madre como la salida del país de sus hijos pequeños y de hecho la pérdida de contacto con ellos). Y no se diga que tal cosa puede presumirse, ya que cuando están en juego intereses y bienes jurídicos tan esenciales las garantías no pueden aceptarse acríticamente como ciertas sino que han de quedar fehacientemente acreditadas, habida cuenta de la desfavorable posición de partida de la compareciente, mujer analfabeta en un país en que la situación de las mujeres no es precisamente de igualdad real y efectiva con los varones.

No son, pues, meras conjeturas o suposiciones carentes de sustento las que llevan a no dar validez y fiabilidad a esa declaración, sino la pura evidencia de que ese documento no resulta suficiente a los efectos de considerar válido el consentimiento de la madre de permitir que sus hijos vayan de forma tan incondicionada con el padre a España.

Y quede claro que no considero que la reagrupación pretendida por el recurrente sea jurídicamente inviable, sino que para que sea posible debe constar en forma cierta y fiable el consentimiento de la madre de los menores reagrupables, lo que a mi juicio no

ocurre en este caso. Tal acreditación se hubiera podido realizar, por ejemplo, con la comparecencia personal de la madre de los menores ante el Consulado de España, en el que funcionarios del mismo hubieran podido contrastar la certeza de un consentimiento libre y no viciado sobre un tema de tan indudable trascendencia.

Por lo demás, la salvedad expresada por la opinión mayoritaria de la Sala en el sentido de que siempre quedará a salvo la posibilidad que asiste a la madre de reclamar sus derechos materno filiales ante las autoridades de su país, me parece una tesis tan bienintencionada como endeble en la práctica, a la vista de las condiciones personales de esta y del contexto social en que vive.

En definitiva, considero que por las razones cumplidamente expuestas el recurso de casación debería haber sido desestimado, y en tal sentido expreso el presente voto particular.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia con su voto particular por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.