

LOS DISTINTOS EFECTOS DE LA INSTITUCIÓN DE LA KAFALA

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (TS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 9 de diciembre 2011 (RJ 2012, 2630)

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Doctora en Derecho Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi Doctrinal 8
Diciembre 2012
págs. 101 a 112

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS Y LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA. III. LA ADMISIÓN DE LA KAFALA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS EFECTOS. 1. *La equiparación de la kafala al acogimiento familiar o a la tutela reguladas en el ordenamiento español.* 2. *La kafala y la concesión del visado para reagrupación familiar.* IV. LOS EFECTOS QUE SE RECONOCEN EN LA SENTENCIA.

RESUMEN: Conformidad a derecho de la denegación de concesión de visado para reagrupación familiar para una menor marroquí, solicitado por su tía al no considerarse ésta su representante legal. Supuesto en que los padres biológicos entregan al hijo menor en kafala –institución que permite que un menor se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona una familia de acogida según la ley islámica–. Es condición necesaria que el reagrupante del menor ostente de forma inequívoca dicha representación. Si el menor se encuentra bajo la patria potestad de sus padres biológicos o adoptivos, viviendo uno o ambos y no existiendo declaración judicial de desamparo, procede la denegación de dicho visado,

ABSTRACT: Conformity to right of the refusal of concession of visa for familiar regrouping for minor Moroccan requested by his aunt to not be considered to be this one his legal representative. Supposition in that the biological parents deliver to the minor son in kafala – institution that allows that a minor should benefit from the elegant materials and of the education that provides a family of reception to him according to the Islamic law–. It is a necessary condition that the reagrupante of the minor shows of unequivocal form the above mentioned representation. If the minor is under the native legal authority of his biological or adoptive parents, living through one or both and not existing judicial declaration of abandonment,

siendo insuficiente a estos efectos la presentación del documento kafala. Ello no significa la total falta de validez de la kafala debidamente constituida en Marruecos, pues la propia Administración admite que puede ser eficaz en programas de desplazamiento temporal de menores, siempre que concurren las demás condiciones legalmente exigibles, por lo que cabría el visado de estancia de menor con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad.

PALABRAS CLAVE: Kafala; efectos de la kafala; reagrupamiento familiar.

there proceeds the refusal of the above mentioned visa, being insufficient to these effects the presentation of the document kafala. It does not mean the total lack of validity of the kafala due constituted in Morocco, since the own Administration admits that it can be effective in programs of minors' temporary displacement, providing that other conditions meet legally exigibles, for what it would fit the visa of minor's stay with ends of education, medical treatment or enjoyment of vacations when the stay is not chargeable to the one who exercises his native legal authority.

KEYWORDS: Kafala; validity of the kafala; familiar regrouping.

I. INTRODUCCIÓN

Es fácil constatar la creciente presencia de población islámica en España y en los países de nuestro entorno. Este hecho ha producido la aparición en nuestra sociedad de comportamientos hasta hace unos años desconocidos, por ejemplo en cuanto a vestimenta, prácticas alimenticias, enseñanza del Islam, matrimonio, lugares de culto o enterramientos. También ha dado lugar a la irrupción de unas instituciones jurídicas de origen islámico –como la kafala, la hadana, el matrimonio polígamo, la dote islámica u otras– ante las que nuestro ordenamiento ha tenido que pronunciarse. Estas situaciones han generado con frecuencia desconcierto en diferentes ámbitos sociales, incluido el jurídico.

La sentencia que vamos a comentar se centra en la kafala, una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no crea vínculos de filiación como la adopción. Se aparta también de la misma porque los menores que acoge la kafala son menores sin hogar (huérfanos o abandonados sin filiación o con filiación, siempre biológica), pero al igual que la adopción su fin es la protección del interés del menor.

El problema que plantea la kafala, es una cuestión que debe resolver el Derecho Internacional privado: cuando esta figura tiene que producir efectos en un ordenamiento jurídico distinto al que la ha regulado y que desconoce esa institución, como ocurre en el ordenamiento español (para el caso de los menores marroquíes que se encuentran en nuestro país), y existe una discontinuidad de los ordenamientos materiales en presencia, hay que buscar una institución equivalente en cuanto a los efectos.

En principio hay que partir de que no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento acogen totalmente la misma función que la kafala en el Derecho islámico.

Por ello, según la función que desempeñe la kafala en España, caso por caso (por el juez que conoce el asunto), hay que buscar una institución que se equipare en cuanto a los efectos.

Veremos como a efecto del reagrupamiento familiar, regulado en nuestra legislación de extranjería, se asimila a la figura del acogimiento (al igual que establece nuestra ley de adopción internacional). Sin embargo, a efecto de la pensión de orfandad que concede la Seguridad Social, se les considera hijos adoptivos.

Analizaremos esta sentencia, que se refiere a la institución de la kafala, primero estudiando si puede ser reconocida en el ordenamiento jurídico español, segundo examinando sus distintos efectos y, concluyendo cual es el solución que en la referida sentencia se da a esta cuestión jurídica.

II. LOS HECHOS Y LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

En la sentencia que comentamos el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 11-02-2010 (JUR 2010, 168494), sobre denegación de visado por reagrupación familiar.

Los hechos que describe y los fundamentos jurídicos que aplica la referida sentencia TS son los siguientes.

D^a Violeta interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consulado de España en Nador de fecha 10 de julio de 2006, confirmada en reposición el 30 de abril de 2007, que denegó la solicitud de visado por reagrupación familiar a la menor D^a Esmeralda, sobrina de aquélla. La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Violeta contra la resolución del Consulado de España. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia la Sala resolvió la cuestión de fondo planteada aportando una serie de consideraciones.

Así, conforme al apartado c) del artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (Real Decreto 2393/2004) son familiares reagrupables los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal, y no era el caso que se le presentaba.

En este supuesto don Efraín y su esposa, doña Felicidad, hermana esta de la recurrente, y padres de la en dicho momento menor Esmeralda, suscribieron un documento de toma de cargo de menores no abandonados (kafala) para que se ocupe de ella y de su tutela, así como de su custodia y guarda y de su educación y de todas sus necesidades diarias. Pero, hay que precisar, como así lo hace la sentencia que comentamos, que la kafala (que es una situación que puede ser reconocida en España si ha sido válidamente constituida por autoridad extranjera, y siempre que no vulnere el orden público internacional español, y los documentos en los que conste se presenten debidamente legalizados

y traducidos a idioma oficial español), según la forma de otorgarse, puede asimilarse a distintas figuras jurídicas en el ordenamiento jurídico español.

Así, la kafala de un menor por una autoridad pública, administrativa o judicial, es asimilable a la tutela dativa en el supuesto de que el menor careciera de padres, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podría tener carácter permanente y sería válida la vía de la reagrupación familiar para que pudiera trasladar su residencia a España. Y si se tratara de un menor cuyos padres biológicos estuvieran vivos o si aquél estuviera sometido a tutela ordinaria, además de otorgarse la kafala por la autoridad pública a la persona que ésta determinara, sería preciso que, con carácter previo, se hubiera declarado, también por autoridad administrativa o judicial, el desamparo del menor, en cuyo caso la situación podría asimilarse al acogimiento familiar porque la declaración del desamparo comportaría la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y la persona a la que se le hubiera confiado la guarda del menor sería su representante legal mientras tal situación persistiese, por lo que, durante ese tiempo, el menor también podría residir en España a título de reagrupación familiar.

Sin embargo, cuando la kafala se otorga por los padres biológicos, sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España, porque nuestro ordenamiento jurídico lo impide, ya que la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes; como dichos deberes y facultades trascienden del ámbito meramente privado, su ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, por lo que tienen carácter indisponible e irrenunciable, lo que impide el abandono de la patria potestad y determina que sólo pueda extinguirse o suspenderse por causa legal. Y lo mismo cabe predicar, en su caso, de la tutela ordinaria.

En el caso litigioso la kafala se ha otorgado por los padres biológicos, sin declaración de desamparo aunque con intervención judicial y administrativa, por lo que faltando esa situación de desamparo (téngase en cuenta, que la resolución judicial que se acompaña, explicita una autorización para acudir a España con la recurrente lo que hace pensar que la verdadera intención de la dejación de sus funciones por los padres es la de que la hija alcance nuestro país), no puede atribuirse a la kafala constituida a favor del recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque el orden público español no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, de ahí que, al no poder considerarse en España a la recurrente representante legal de la hija de su hermana no resultaba procedente la concesión de los visados solicitados, por no ajustarse a ningún supuesto legal de reagrupación familiar, ni, por consiguiente, procede estimar ahora el presente recurso, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos jurídicos de la decisión administrativa impugnada.

Por tanto, el dato clave para desestimar el recurso por parte de la Sala sentenciadora es que no existía una previa situación de desamparo del menor entregado en kafala por sus padres biológicos. Esto unido a la interpretación del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000: Así, los términos "representante legal" del menor tienen una significación precisa que, cuando se trata de un extranjero, requiere al menos que el reagrupante nacional del tercer país ostente, de modo inequívoco, dicha representación según su propio derecho. Esta sería la condición mínima necesaria (ya veremos si, además, suficiente) para que pudiera discutirse si tiene derecho a integrar o reunir con él, en España, al menor de que se trate. Sin embargo, no podrá identificarse de modo automático la figura del kafil con la del "representante legal" cuando se trate de una kafala notarial que no requiere la intervención judicial sino que responde al mero acuerdo privado, en cuya virtud los padres del menor entregan a su hijo al kafil.

Dicha entrega, mediante la cual el kafil asume las obligaciones de educar al menor y atender sus necesidades diarias, se asimila a una especie de cesión o delegación de las facultades que entre nosotros corresponderían a la patria potestad pero no despoja, en puridad, a los padres de su condición de representante legal del hijo.

Por otra parte, dice la sentencia comentada en el fundamento quinto, que desde el principio de «interpretación conforme», no podrá obviarse la circunstancia de que entre las personas que pueden considerarse, a efectos de reagrupación familiar, «miembros de la familia» autorizados a reunirse con el reagrupante figuran tan sólo en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/86/CE los "hijos menores, incluidos los hijos adoptivos" de aquél. No es este el lugar ni el momento para plantearse si la legislación española sobre la materia (en concreto, el precepto de la Ley 4/2000 que extiende el derecho de reagrupación a otros menores distintos de los hijos biológicos o adoptados) se ajusta plenamente a aquella Directiva, lo que probablemente requeriría un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, en cuanto órgano jurisdiccional competente para la interpretación del derecho de la Unión Europea. En todo caso, la interpretación de la Ley nacional debe hacerse, una vez finalizado el plazo para transponer la Directiva, en los términos más favorables a la efectividad de ésta y del régimen común armonizado que pretende instaurar en todos los Estados miembros. Partiendo de esta premisa lo que se impone es precisamente una interpretación de la ley nacional que no amplíe a supuestos como el de autos el régimen comunitario de reagrupación familiar, ya que éste viene previsto, en principio, para los cónyuges e hijos menores del reagrupante y no para sus sobrinos. De modo que, cuando se trate de padres biológicos que entregan a sus hijos en kafala a otros familiares, pero que no por ello se desvinculan jurídicamente de su propia condición y estado, antes bien mantienen los vínculos paterno-filiales, en estos supuestos, decimos, la norma nacional sobre reagrupación de la familia debe ser interpretada restrictivamente para ponerla en mejor sintonía con la norma comunitaria.

Ello no ha de significar, dispone la sentencia del TS, que se desconozca de

modo absoluto en España la situación jurídica resultante de la válida constitución de la kafala en Marruecos. La propia Administración admite que para estos casos puede ser eficaz el régimen específicamente aplicable a los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros. Cabría, pues, en estos supuestos, si concurren las demás condiciones reglamentariamente exigibles, no ya el visado de reagrupación familiar sino un visado de estancia del menor extranjero con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad o tutela.

III. LA ADMISIÓN DE LA KAFALA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS EFECTOS

A la vista de lo expuesto en la sentencia nos hemos de preguntar si la institución de la kafala es reconocida en el ordenamiento español.

Es contemplada en el art. 29 Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 *sobre los Derechos del Niño*, así como en los arts. 3, e) y 33, apartado 1º, *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*; y, ha encontrado un cauce para su reconocimiento legal en España en el art. 34 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción Internacional*.

En Marruecos la kafala se regula por la Ley núm. 15/01 (aprobada por Dahir de 13 de junio de 2002), relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como el compromiso de asumir (por parte del kafil: titular de la kafala), benévolamente, la protección, educación y manutención de un menor (makful), de igual manera que lo haría un padre por su hijo. La kafala puede constituirse notarial o judicialmente. La constitución notarial sólo es posible, cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción de la oportuna acta. En caso contrario, la constitución de la kafala exige la previa declaración de abandono del menor que se realiza a través de un procedimiento judicial. Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, el reconocimiento de efectos jurídicos de la kafala en España se subordina a que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa.

Respecto de sus efectos, la kafala no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del kafil quien vendrá obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad, siendo responsable civil de los actos del mismo. La kafala se extingue al alcanzar el menor la mayoría de edad (a no ser que en él concurren minusvalías o sea incapaz de satisfacer sus propias necesidades), por muerte del makfoul (el menor) o kafil, por incapacidad de este último o por resolución judicial que revoque el acogimiento, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias del mismo.

En el ordenamiento español esta figura es reconocida, sin embargo calificar la kafala desde la perspectiva española, va a depender los efectos jurídicos que en nuestro Derecho se le reconozcan.

1. LA EQUIPARACIÓN DE LA KAFALA AL ACOGIMIENTO FAMILIAR O A LA TUTELA REGULADAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Así desde el punto de vista del ordenamiento español, la kafala no es una adopción, ya que no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el kafil y el makfoul. Al no crear un vínculo jurídico de filiación entre las personas entre las que se constituye, no puede ser considerada como una clase de adopción internacional, tal y como exige el art. 1.2 Ley 54/2007 de adopción internacional, para la aplicación de la misma.

Ahora bien, el hecho de que las kafalas constituidas en países islámicos no sean reconocidas como adopciones, no significa que no puedan ser reconocidas y que no produzcan ningún efecto legal en España.

En primer lugar, el reconocimiento de la kafala ha encontrado un cauce legal en el art. 34 Ley 54/2007. La norma prevé la equiparación de las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación (como es la kafala) al acogimiento familiar regulado en el Derecho español o, en su caso, a una tutela (cuando el menor no ha sido abandonado).

En este caso, la equiparación se supedita a la concurrencia de una serie de requisitos, propios del mecanismo del reconocimiento de Derecho Internacional Privado español. Pues, una kafala constituida en el extranjero consta en un documento legal extranjero, y para que surta efectos en España debe superar un reconocimiento incidental que debe instarse ante la autoridad española competente según el efecto jurídico pretendido.

1º. Primero, que la kafala se haya constituido por la autoridad extranjera competente (judicial o administrativa), la cual se determinará conforme a los foros de competencia judicial internacional del propio Derecho, a no ser que falten conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares (que tiene por finalidad evitar el riesgo de sustracción de niños, así como la simulación de acogimientos con la sola finalidad de que los menores extranjeros puedan disfrutar de los beneficios de la residencia en España).

2º. En segundo lugar, que se haya constituido con arreglo a la ley estatal designada por las normas de conflicto del lugar en que se ha acordado. Se trata de asegurar la validez de la kafala en el país de origen.

3º. En tercer lugar, que el documento en el que consta constituida la kafala reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se pretende, así, evitar las falsificaciones de documentos.

4º. En cuarto lugar, que la kafala no produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español; como, por ejemplo, sucedería, si se pretendiera el reconocimiento de efectos legales de la acordada respecto de menores que tuvieran padres, sin haber mediado una previa declaración judicial de abandono.

Por lo tanto, la kafala en la que concurran los requisitos expuestos, como mínimo, ha de ser considerada un acogimiento familiar. Ahora bien, debe subrayarse que esta equiparación de la kafala con la tutela o con el acogimiento familiar del Derecho español es una equiparación funcional: no se trata de encontrar en el ordenamiento español una institución igual a la kafala, pues no existe, sino encontrar una institución legal española que cumpla una función similar. Y una vez reconocida la kafala en España como acogimiento o tutela, surtirán los efectos jurídicos de estas instituciones legales españolas.

Pero también, pueden existir las kafalas acordadas privadamente, sin intervención de autoridad pública extranjera, en virtud de una mera declaración de voluntad de los padres del menor, aunque las mismas hubieran sido hechas ante Notario, lo que se admite por el Derecho marroquí en el caso de niños con padres conocidos.

En este último caso, el menor no se encuentra en situación de abandono y, por tanto, no procede asimilar la institución de la kafala a las figuras del ordenamiento español como es el acogimiento. Tampoco a la tutela, ya que los padres que dan en kafala a su hijo siguen conservando la patria potestad sobre el mismo. Sin embargo, cabe preguntarse si produce algún efecto en el ordenamiento español, pues es el problema concreto que se plantea sobre la figura de la kafala en esta sentencia que comentamos.

2. LA KAFALA Y LA CONCESIÓN DEL VISADO PARA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Para que el makfoul (el menor), si está sometido a la institución de la kafala, pueda trasladarse a España necesitará que se le autorice la residencia en nuestro país y que se le conceda visado para reagrupación familiar.

En la práctica los casos litigiosos se han producido cuando el kafil es un extranjero con residencia legal en España.

El art. 17 c) Ley, Orgánica (LO) 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de 11 de enero dispone que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los menores de 18 años, cuando sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

La Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, en relación con dicho precepto, distingue claramente dos situaciones, que guardan relación con el normal modo de proceder en los países islámicos (al menos, en Marruecos y Argelia), en los que el acogimiento se acuerda privadamente ante notario, por los padres del niño y la persona que se hará cargo

de él; y (necesariamente) en un proceso judicial, previa declaración de abandono, cuando no se conoce a los padres del menor.

La primera de las hipótesis es que la kafala haya sido constituida por los padres del niño, en cuyo caso se entiende que el kafil no puede ser considerado un representante legal del menor extranjero. Así pues, la acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal, por lo que el visado para la entrada en España habrá de tramitarse conforme a lo previsto en el art. 93 Reglamento (RD 2393/2004) de la LO 4/2000, en el que se regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros. De acuerdo con el citado precepto, «el visado de estancia de un menor extranjero con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad o tutela, requerirá autorización expresa de quien la ejerza, así como informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vaya a permanecer el menor, verificándose que la familia o persona que acoge al menor expresa por escrito su conocimiento de que la acogida no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el retorno del menor a su país de origen o de procedencia».

La segunda de las hipótesis es que la kafala no haya sido constituida por los padres biológicos del niño, sino a través de un procedimiento, administrativa o judicial, en el que ha intervenido la Autoridad Pública, en orden a la protección del interés del menor. En este caso, sí se entiende establecido un régimen jurídico equiparable a la tutela o al acogimiento, por lo que al residente en España se le considera representante legal del menor. Por consiguiente, la acogida podrá tener carácter permanente y procederá la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar, con apoyo en el citado art. 17 c) LO 4/2000.

IV. LOS EFECTOS QUE SE RECONOCEN EN LA SENTENCIA

La sentencia del TS de 9 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 2630), que comentamos, sigue el criterio expuesto por la Instrucción de 27 de septiembre de 2007, admitiendo la concesión del visado por reagrupación familiar, aunque el menor tuviera padres o tutores ordinarios, siempre que hubiera mediado la previa declaración de desamparo del mismo.

Así resulta que según la sentencia que comentamos, cuando se ha otorgado la kafala de un menor por una autoridad pública, administrativa o judicial, la misma es asimilable a la tutela dativa en el supuesto de que el menor careciera de padres, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podría tener carácter permanente y sería válida la vía de la reagrupación familiar para que pudiera trasladar su residencia a España.

Si se tratara de un menor cuyos padres biológicos estuvieran vivos o si aquél estuviera sometido a tutela ordinaria, además de otorgarse la kafala por

la autoridad pública a la persona que ésta determinara, sería preciso que, con carácter previo, se hubiera declarado, también por autoridad administrativa o judicial, el desamparo del menor, en cuyo caso la situación podría asimilarse al acogimiento familiar porque la declaración del desamparo comportaría la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y la persona a la que se le hubiera confiado la guarda del menor sería su representante legal mientras tal situación persistiese, por lo que, durante ese tiempo, el menor también podría residir en España a título de reagrupación familiar.

Por tanto, cuando la kafala se otorga por los padres biológicos, sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España, porque nuestro ordenamiento jurídico lo impide: la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes. Como dichos deberes y facultades trascienden del ámbito meramente privado, su ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, por lo que tienen carácter indisponible e irrenunciable, lo que impide el abandono de la patria potestad y determina que sólo pueda extinguirse o suspenderse por causa legal. Lo mismo cabe predicar, en su caso, de la tutela ordinaria.

En conclusión, podemos formular los siguientes criterios sobre la materia que nos ocupa con apoyo de nuestra jurisprudencia, que sigue lo dispuesto en la legislación de extranjería, para reconocer efectos a la kafala para la concesión o no de visado por reagrupación familiar.

1º) Concesión de visado para la reagrupación familiar, cuando la kafala se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial

El visado debe concederse, cuando la kafala se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial por la autoridad pública competente y se ha constatado la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el kafil es equiparado a un tutor dativo.

La STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 14 de marzo de 2008 (JUR 2008, 217100), aun expresando sospechas de fraude, estimó el recurso contra la denegación de solicitud de visado de 4 menores, confiados por las autoridades judiciales marroquíes a su madre, a pesar de concurrir circunstancias, que se califican de extrañas. Se resalta así que «el progenitor es Juez en el Tribunal de Taza y residente en Nador, la ciudad limítrofe con Melilla de la que tan sólo la separa un paso fronterizo que rompe la calle que uniría ambas ciudades. La madre reside legalmente y trabaja precisamente en Melilla»; así mismo, la existencia de «un convenio notarial suscrito por ambos progenitores y ratificado por sentencia judicial precisamente del Tribunal de Taza por el que el padre transfiere de manera permanente la guarda, custodia y tutela de los hijos a la esposa». En la decisión, influyó, la anómala posición de los hijos, con un padre que los olvida porque la ley se lo permite y una madre que no

puede atenderlos al otro lado de la verja y que es con quien mejor atendidos pueden estar»; y concluye: «ante este panorama el interés de los menores es determinante y debe ser atendido por más que todo lo acaecido y el modo en que ha sucedido deje un pozo de dudas y suposiciones».

La STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009, 53193), revocó igualmente la resolución recurrida, denegatoria del visado de un menor encomendado por las autoridades judiciales marroquíes a su tía. Argumentó que la kafala no fue constituida por sus padres biológicos sino por los Tribunales marroquíes, dada la situación de abandono del menor, al no tener sus padres medios suficientes para atenderle, siendo instituida tutora dativa su tía doña Cata quien se entregó el menor en virtud de resolución judicial y habiéndose autorizado también judicialmente que abandonara Marruecos.

2º) Denegación de visado, cuando la kafala se ha acordado privadamente o por acta notarial

Por el contrario, se entiende que no procede el visado en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la kafala.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 30 noviembre de 2007 (JUR 2008, 304658), que distingue dos tipos de kafala: por una parte, la «que se realiza sobre menores huérfanos o de padres desconocidos sobre los que existe declaración judicial de abandono, acto en el que interviene el Juez y el Ministerio Fiscal en todo el procedimiento y por la que el Juez de Tutela confiere la guarda legal y la representación del menor»; y «otra modalidad, que sería la que pretende ser aplicada en el presente supuesto, que es realizada por los propios padres, pero que en la que éstos mantiene la tutela legal, lo que evidentemente descarta su equiparación a la tutela dativa; por lo que confirmó la denegación del visado solicitado».

Así mismo, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 5 de junio de 2008 (JUR 2008, 294252), que confirmó la resolución recurrida, la cual había denegado la concesión de visado para reagrupación familiar. Argumenta que la kafala «se ha otorgado por los padres biológicos y sin intervención judicial ni administrativa, sino sólo mediante un acta notarial, es decir, mediante un procedimiento en que los intereses del menor no se han protegido ni garantizado por una autoridad pública», por lo que el kafil (que era la tía del makfoul) no puede ser considerada «representante legal de dicha menor a los efectos de la reagrupación familiar».

La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 3819), confirmó también la denegación del visado, en un caso de constitución de kafala, sin intervención de autoridad pública. El recurrente había presentado un acta en el que constaba la siguiente declaración del padre del makfoul: «Yo abajo firmante declaro por la presente que mi hijo legítimo está a cargo de su hermano quien lo mantiene económica-

mente por sus propios recursos en todos los aspectos de la vida cotidiana tales como: alimento, ropa, asistencia médica, escolarización etc. Asimismo, en mi calidad de padre del menor, otorgo poder a favor del hermano del mismo arriba reseñado para que éste, ante las autoridades competentes y Consulados tanto de Marruecos como en España, me represente y lleve a cabo todos los trámites que conciernan a mi hijo menor susodicho». Argumenta el Tribunal que: «del tenor literal del acta se infiere que entrega al menor en acogimiento, sin pérdida por el progenitor de la patria potestad ni de la representación legal, y sin creación de un derecho de filiación, por lo que no puede equipararse a la tutela ni a la adopción»; y concluyó: «Puesto que en el supuesto de autos la kafala se instituye por el padre del menor, y no por la autoridad pública en un supuesto de orfandad o abandono del menor, es obligado concluir que no confiere al hermano solicitante del reagrupamiento la condición legal de representante legal del menor, por lo que no es un supuesto de reagrupamiento [que encuentre acomodo en el art. 17 c) LO 4/2000]».

Igualmente, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 16 de junio de 2009 (JUR 2009, 408525), desestimó el recurso contra la denegación del visado, con el argumento de que la kafala se había otorgado, sin intervención de autoridad pública, «por los padres biológicos de los menores». Dice que: «el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores es un derecho-función que trasciende del ámbito meramente privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo para su titular, por lo que tiene carácter indisponible e irrenunciable, impide a quien la ostenta abandonarla»; y concluye: «puesto que nuestro ordenamiento jurídico no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, no es posible considerar a la recurrente tutora (de los 2 menores, que eran sus hermanas)».

En el mismo sentido se orienta la presente sentencia del TS comentada, que dice que, en el caso litigioso la kafala se ha otorgado por los padres biológicos, sin declaración de desamparo y sin intervención judicial ni administrativa, por lo que el interés del menor no se ha protegido ni garantizado mediante un procedimiento tramitado y resuelto por una autoridad pública, y, en estas circunstancias, no puede atribuirse a la kafala constituida a favor del recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque el orden público español no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, de ahí que, al no poder considerarse en España (al recurrente) representante legal de su sobrino, no resultaba procedente la concesión del visado solicitado, por no ajustarse a ningún supuesto legal de reagrupación familiar.