

Cita: Vargas Gómez-Urrutia, M. (2019): “La kafala del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo. Cuestiones de Derecho de extranjería en la kafala de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*. Vol. 2 (A.L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, Dirs.), Colección Derecho y Letras, núm. 1, Murcia.

**DE DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LA KAFALA DE MENORES EN ESPAÑA. LA STS DE 9  
DE DICIEMBRE DE 2011**  
**ISSUES OF IMMIGRATION LAW IN THE KAFALA OF CHILDREN IN SPAIN. THE  
RULING OF THE SUPREME COURT OF 9 DECEMBER 2011**

por

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Resumen:** La presente contribución analiza la validez de la *kafala* a los efectos de obtener un visado de entrada en España por reagrupación familiar según la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 9 de diciembre de 2011. El comentario pretende poner de relieve las cuestiones problemáticas planteadas ante el TS y los criterios y argumentos indicados por el tribunal para su solución jurídica. En concreto, el debate se centra en una reagrupación familiar del artículo 17.1 ) de la LOEx y en el alcance y validez en España de la *representación legal* que una ley extranjera atribuye al *kafil* como representante legal del menor.

**Abstract:** This contribution analyzes the validity of a *kafala* for the purpose of obtaining an entry visa in Spain for family reunification according to the judgment issued by the Supreme Court on December 9, 2011. The commentary to the judgment highlights the problematic issues raised and the criteria followed by the Court for the legal solution. Specifically, it is about clearing if the legal representation attributed by the foreign law is sufficient to allow entry into Spain by family reunification according to the provisions of Article 17.1 c) of the Aliens Act.

**Palabras clave:** Reagrupación familiar - Alcance de la representación legal - Menor bajo tutela legal de acuerdo con el régimen de la *kafala* notarial - Artículo 17.1 c) Ley de extranjería – Directiva 2003/86.

**Keywords:** Family reunion – Scope of legal representation - Minor under legal guardianship under the regime of the notarial *kafala* – Article 17.1 c) of the Spanish Aliens Act – Directive 2003/86.

**SUMARIO:** I. Los interrogantes jurídicos respecto de los menores acogidos en *kafala* en la STS de 9 de diciembre de 2011. 1. El supuesto de hecho y las cuestiones problemáticas planteadas. 2. Las normas para la solución jurídica. 3. Los criterios seguidos por el Tribunal Supremo. II. Otras cuestiones de derecho de extranjería en el régimen jurídico de la kafala de menores en España: ¿qué sucede si el representante legal del menor sujeto a kafala tiene la nacionalidad española? III. A modo de conclusión.

**I. Los interrogantes jurídicos respecto de los menores acogidos en *kafala* en la STS de 9 de diciembre de 2011**

**1. El supuesto de hecho y las cuestiones problemáticas planteadas**

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8175) establece los criterios de validez de una *kafala* marroquí a los efectos de otorgar un visado de entrada en España por reagrupación familiar. En la

especie, se trataba de una menor de nacionalidad marroquí cuyos padres biológicos, residentes en Argelia, habían solicitado ante el Consulado español en Nador (Marruecos) un visado (para su hija) por reagrupación familiar. La finalidad de la entrada en España lo era a los efectos de que una tía (hermana de la madre) se ocupara de la menor y atendiera sus necesidades diarias (en España). La solicitud fue denegada por el Consulado mediante Resolución de 30 de abril de 2007. Contra la misma se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sec. 1ª. recurso núm. 837/2007) que falló el 11 de febrero de 2010 en idéntico sentido denegatorio del visado. El recurso de casación ante el TS (núm. 2917/2010) dio origen al fallo de 9 de diciembre de 2011 (Sala 3ª. Sec. 3ª. Ponente Manuel Campos Sánchez-Bordonar) declarando no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente.

2. Las consideraciones del Tribunal Supremo (en adelante, TS) constituyen el objeto principal de este comentario. No obstante, en lo necesario, se aludirá a otras resoluciones judiciales<sup>1</sup> que sirvan de precedente o sean conexas a este análisis. A saber, con carácter general, los efectos de *kafalas islámicas* constituidas por autoridades extranjeras; y, en particular, si la representación legal atribuida por la ley extranjera al *kafil* es suficiente para considerar al menor tutelado por *kafala* dentro del grupo de familiares reagrupables a que se refiere la legislación de extranjería<sup>2</sup>.

3. El iter argumental de la Sala 3ª del TS está condicionado, como no puede ser de otra manera, por el único motivo esgrimido por el Consulado de España en Nador para la denegación del visado por reagrupación familiar. En concreto:

*(...) el documento aportado de otorgamiento de representación legal [lo era] a favor de un familiar no incluido en el grupo de reagrupables que viene recogido en el artículo 39 del RD 2393/2004 (FJ 1º).*

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que la misma Sala y el mismo Ponente habían analizado meses antes una denegación de visado de un sujeto sometido a *kafala* notarial, también procedente de Marruecos. Sin embargo, la discusión no se centró en la representación legal. En este sentido, no es un precedente de la sentencia en comento. En aquel caso se trataba de un menor de 17 años, su padre biológico residía en España y “era” el obligado a su manutención “en España” en virtud de *kafala notarial* constituida en Marruecos, pocos meses antes de la solicitud del visado. Tiene sentido que ni el TSJ (STJM 11177/2008 de 11 de junio de 2011- ECLI: ES:TSJM:2008:11177) ni el Supremo (STS 5215/2011 de 20 de julio de 2011- ECLI: ES:TS:2011:5215) abordasen los efectos de la citada *kafala* a los fines de la reagrupación familiar. Y es que el supuesto no se incluía en apartado 1 c) del artículo 17 LOEx sino en el apartado 1 a) del mismo precepto. Mientras que para el TSJ -basándose en la edad del menor- la denegación del visado no merecía reproche alguno (*... la solicitud era una vía para burlar las normas sobre entrada al territorio español y las limitaciones al acceso al mercado laboral*), para el TS los requisitos formales y materiales aplicables se cumplían en el caso y -sin entrar en el debate sobre el posible fraude- decretó la nulidad de la resolución consular. Dado el tiempo transcurrido, aquel visado ya no se podía autorizar porque el beneficiario había superado con creces la mayoría de edad (el procedimiento administrativo se inició en 2006 y la sentencia del TS es de 2011).

<sup>2</sup> El marco normativo analizado se integra por las siguientes normas: LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; RD 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009; Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre la *kafala*; Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostente la representación legal.

Argumento que fue perfilado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en atención a tres interrogantes: (1) *¿qué es una kafala en el derecho islámico?*; (2) *¿qué alcance jurídico tiene la representación legal en dicha institución?*; y (3) *¿encaja esa atribución a favor del kafil en el concepto “representante legal” del artículo 17.1 c) de la Ley de extranjería?* (en adelante, LOEx). El Tribunal Supremo las incorpora a su sentencia y dictamina que:

*(...) El derecho a la vida en familia reconocido por el artículo 16 de la Ley 4/2000 sólo es aplicable a los extranjeros residentes en España que pretendan reagrupar con ellos a los familiares precisados en el artículo 17, precepto este último en el que no encaja la sobrina de la recurrente por mucho que ésta haya asumido su kafala del modo que ya ha quedado expuesto (FJ 7).*

4. Tomando en cuenta el alcance limitado de esta contribución, no se examinarán otros efectos que puedan pretenderse en España respecto de *kafalas* constituidas por competente autoridad extranjera. Nos centraremos, exclusivamente, en los aspectos nucleares de la STS de 9 de diciembre de 2011 y su relevancia como guía interpretativa respecto del derecho de entrada y residencia en España, por reagrupación familiar, de un menor sujeto a *kafala* cuando se pone en cuestión, justamente, el alcance de la representación legal derivada de la *kafala* constituida en el extranjero.

## 2. Las normas para la solución jurídica

5. En el caso de autos el problema se sitúa correctamente en la normativa de extranjería. El artículo 17.1 apartado c) LOEx señala que:

### **Artículo 17. Familiares reagrupables**

*1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: (...) c) Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.*

En la interpretación de esta norma está el *quid* de la respuesta. Cuando el residente extranjero tiene atribuida la representación legal y ésta le ha sido otorgada por competente autoridad extranjera en virtud de una institución como la *kafala*, “desconocida” en nuestro ordenamiento jurídico, cabe la duda de si el *kafil* (residente extranjero) “es” el representante legal del menor. La autoridad consular debe resolver si concede o no el visado por reagrupación familiar a la luz del acto jurídico del que surgen las facultades representativas (documento notarial) y sus efectos (si este no contraviene los principios del ordenamiento español).

6. En nuestra opinión, la sentencia del TS sitúa correctamente el examen: (a) analizando la institución extranjera (*kafala notarial*) y el acto jurídico del que deriva la representación legal (*poder notarial otorgado por los padres biológicos a favor de una tía residente en España*); y (b) concluyendo, a la luz de la Instrucción DGI/SRGJ/01/2008 (aunque no lo explicita), que la *kafala* constituida por los padres biológicos no es equiparable a la tutela dativa. Concluye que, el *kafil*, que es la persona

que se hace cargo del menor (*makful*) y se obliga a asumir su manutención y educación, así como sus cuidados materiales, *no es un representante legal a los efectos de solicitar una autorización de residencia en España para un menor extranjero y obtener el visado de entrada por reagrupación familiar*. Cuestión distinta hubiera sido la posibilidad de obtener un visado de entrada temporal en el marco del artículo 93 del Reglamento de la LOEx (*Desplazamiento de menores extranjeros a España*). Pero esto no fue lo solicitado por las partes. Ahora bien, si la *kafala* no hubiera sido constituida por los padres biológicos del niño por no estar estos determinados, ser huérfano o haber sido declarado abandonado por la autoridad competente, de acuerdo con la ley interna del estado de origen, y siempre que intervenga una autoridad pública en su constitución, entonces, sí se entendería que el residente extranjero sí ostenta la representación legal del menor<sup>3</sup>. Por tal razón, la “acogida” *deberá tener carácter permanente y deberá tramitarse un visado por reagrupación familiar*<sup>4</sup>.

7. Desde una perspectiva distinta, es decir, si la cuestión no se planteara en sede de extranjería, esto es, si el carácter de representante legal del *kafil* se plantease en España a otros efectos, *¿cabría la misma respuesta?* Siguiendo la clasificación de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>5</sup>, cabe distinguir los siguientes escenarios:

a) Si se tratase de los *efectos generales* en España, el análisis se bifurca en torno a si la *kafala* ha sido acordada por una autoridad de un Estado parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (el control se verifica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de dicho instrumento legal<sup>6</sup>) o si ha sido acordada por una autoridad de un Estado no parte del CLH, 1996, sin que sea aplicable otro convenio internacional vigente para España (los requisitos de validez siguen lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>7</sup>).

---

<sup>3</sup> El artículo 222.4 C.c sujeta a tutela a los menores en situación de desamparo. Ahora bien, en estos casos, la tutela corresponde por ministerio de ley a la entidad pública, a no ser que existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela en interés de este (art. 239 C.c, redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio).

<sup>4</sup> Instrucción DGI/SRG/01/2008, de 17 de enero de 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal. La Delegación o Subdelegación del Gobierno o la oficina consular ante la que se solicite el visado de residencia por reagrupación *debe denegar la solicitud cuando compruebe que el menor está legalmente bajo la patria potestad de sus progenitores biológicos, vivan uno o ambos y no exista una declaración judicial de desamparo. Sobre esta cuestión*. Otra opinión es la sostenida por N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 3, julio 2013. La autora considera que la interpretación de la Instrucción DGI/SRG/01/2008 es errónea: el término representante legal debería cubrir ambos supuestos. La jurisprudencia sobre este aspecto concreto (concesión o no del visado) sigue un iter distinto, véase hasta 2008 en A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La *kafala* de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 3, agosto 2015, pp. 819-826.

<sup>5</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Comares, 2016, pp. 471-ss.

<sup>6</sup> Convenio 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.

<sup>7</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

b) Si se tratase de la *posibilidad de adquisición de la nacionalidad española*, el hecho de que el *kafil* (representante legal del menor) la adquiriese no conlleva para el menor ni el derecho de opción del artículo 21.1 del Código civil ni el de atribución por adopción del artículo 19.1 del mismo cuerpo legal; y

c) Si se tratase de la *posibilidad de transformar la kafala en adopción*, el artículo 34 de la Ley de adopción internacional deja claro que no puede ser equiparada a una adopción española, aunque permite su equiparación al acogimiento familiar como base para facilitar sobre ese menor una constitución *ex novo*, en España, de una adopción española<sup>8</sup>.

En cuanto a la *ley aplicable a la representación legal*, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 10.11 del Código civil<sup>9</sup>. De acuerdo con la doctrina de la DGRN, la delegación de la patria potestad queda sustraída a la autonomía de la voluntad de los particulares. En nuestro ordenamiento jurídico: “la titularidad de la patria potestad es personalísima e intransferible (...) aunque la ley extranjera permita la delegación de la patria potestad, el reconocimiento del acta judicial o del poder donde conste tal delegación sería contrario al orden público internacional español”<sup>10</sup>.

### 3. Los criterios seguidos por el TS

Como hemos apuntado, el Tribunal Supremo realiza un examen de la *kafala de derecho islámico* para del mismo derivar el alcance del término representante legal en dicha institución. De los argumentos relevantes de la sentencia pueden derivarse los siguientes elementos de interpretación.

**8. Primer criterio.** - La Sala establece que el término representante legal del menor tiene 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. Advierte que en una primera aproximación al derecho marroquí no parece identificarse o vincularse necesaria e inexorablemente la custodia del menor entregado en *kafala* con su representación legal [...] menos aun 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*, como en este caso ocurre, ante dos adules notarios que suscriben la presente acta. Dicha entrega [...] no despoja, en puridad, al padre de su condición de representante legal del hijo **(FJ 5)**.

El examen del derecho extranjero que realiza el TS tiene por finalidad acotar la diferencia entre *kafala notarial* -que no despoja de la patria potestad- y *kafala* judicial que parece ser la reservada por el derecho marroquí para otra situación, cual es la de

---

<sup>8</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

<sup>9</sup> Art. 10.11 Cc: *A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.* Del tenor del precepto, a la representación voluntaria (cual es el caso de la *kafala* notarial) se aplica la ley del país donde se ejercen las facultades conferidas. En este caso, España.

<sup>10</sup> Consulta de 21 de diciembre de 2005. Se planteaba la validez de un acta judicial ecuatoriana en la que los padres de una menor de dicha nacionalidad delegaban en la abuela la patria potestad que por ley les corresponde.

los niños en situación de desamparo. Solo en este caso, y siguiendo la Instrucción de la DGI/SRG/01/2008 de 17 de enero de 2008, sí cabría equiparar los efectos de la representación legal marroquí del *kafil* a los de la tutela del derecho español a los fines de expedición de un visado de reagrupación familiar (o lo que es lo mismo, a los fines de entrada en España<sup>11</sup>).

Esta *interpretación diferenciada* ha servido a la Dirección General de Tributos (DGT) para dar respuesta a una solicitud planteada por un trabajador marroquí y su esposa acerca de si es o no aplicable el mínimo *por descendiente a los efectos de determinar el tipo de retención del IRPF*. En el caso, la *kafala* se había constituido en Marruecos mediante resolución judicial, constaba su traducción al español y la legalización del documento por el consulado español. La DGT, en la consulta vinculante de 11 de marzo de 2014, concluye que: “En definitiva, teniendo en cuenta que tanto el acogimiento permanente como la tutela son instituciones que generan derecho al mínimo por descendientes, en la medida en que se cumpla el resto de requisitos contenido en el artículo 58 de la LIRPF, se tendrá derecho a la aplicación del mínimo por descendientes a efectos de calcular el tipo de retención aplicable sobre las retribuciones satisfechas al empleado de la consultante”<sup>12</sup>.

**9. Segundo criterio.** – El TS toma como elemento de interpretación la *Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar*. Sostiene la Sala que la regulación establecida en el derecho español debe interpretarse en los términos más favorables al régimen establecido por la Directiva 2003/86. Y agrega: “puesto 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 [...] *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*” (FJ 6).

Esta referencia a la Directiva 2003/86 es importante en la medida en que el TS se apoya en la norma europea para rechazar la inclusión del menor en el concepto de

---

<sup>11</sup> Que sigue la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, sobre la *kafala*: “cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento de *kafala* no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar estos determinados, ser un huérfano el menor o haber sido este declarado abandonado por la autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, *se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (...). En estos casos se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente...*”, contemplando dicha Instrucción la validez de la vía de la reagrupación familiar para que el menor pueda trasladar su residencia a España.

<sup>12</sup> La DGT tomó como base la Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, que, como hemos visto, descarta que la *kafala* produzca un vínculo de filiación entre las partes. Sin embargo, sí toma en cuenta la legislación española y equipara la *kafala* a las instituciones de acogimiento familiar o la tutela, reguladas en nuestro ordenamiento interno. En dicho sentido, la DGT va a exigir que *kafala*: (1) haya sido acordada por autoridad extranjera competente (autoridad judicial); (2) que el documento en el que conste reúna los requisitos formales de autenticidad (legalización o apostilla); (3) que se haya traducido al español (traducción oficial o jurada); y (4) que la decisión extranjera no contradiga el orden público internacional español.

descendiente a efectos de la reagrupación familiar. Cabe apuntar que la mera referencia a un precepto aislado como es el artículo 4.1 de la Directiva no parece suficiente. Debería haberse aclarado que en el elenco de familiares que autoriza la Directiva a ser considerados por las legislaciones como beneficiarios de la reagrupación *no se excluye a los hijos por filiación adoptiva*. De donde cabe afirmar que, si la *kafala* ha sido constituida por competente autoridad extranjera, sin intervención de los padres biológicos porque estos hayan fallecido o no tengan la patria potestad del hijo de cuya reagrupación se trate, el *kafil* sí puede reagrupar al menor en su calidad de representante legal del mismo<sup>13</sup>.

**10. Tercer criterio.** - Finalmente, el Tribunal razona en torno al *interés del menor* y señala que:

*(...) incluso partiendo del principio rector favorable a la prevalencia de los intereses de la menor y admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que ésta pudiera gozar de mejores medios de vida viviendo con su tía, residente en España, antes que, con sus padres marroquíes, ello no implica necesariamente que tengan las autoridades españolas la obligación de acceder a la expedición del visado de reagrupación familiar solicitado, cuyas pautas normativas de aplicación no lo autorizan (FJ 7).*

La ponderación del interés del menor es adecuada en la medida en que dicho interés debe interpretarse a la luz del derecho a la vida privada y familiar, tal y como lo hace el TEDH. Para el TEDH el rechazo de las autoridades nacionales a equiparar la adopción con la *kafala* no vulnera el artículo 8 CEDH (asuntos Harroudi c. Francia, de 4 de octubre de 2012 [ECHR:2012:1004JUD004363109] y Chbihi Loudoudi c. Bélgica, de 16 de diciembre de 2014 [ECHR:2014:1216JUD005226510]). Lo que protege el citado precepto es la continuidad de la vida en familia y esto, necesariamente, ha de influir en las condiciones de entrada en el Estado de acogida. En este sentido, claramente indica el TEDH que: *(...) allí donde exista un vínculo familiar con un menor, el Estado estará obligado a actuar para permitir que dicho vínculo se desarrolle y posibilitar la integración del menor con su familia.*

## **II. Otras cuestiones de derecho de extranjería en el régimen jurídico de la *kafala* de menores en España: ¿qué sucede si el representante legal del menor sujeto a *kafala* tiene la nacionalidad española?**

**11.** Si el representante legal del menor tuviere nacionalidad española, ¿*cabría el mismo razonamiento*? La aplicación de la normativa especial se impone y en

---

<sup>13</sup> Así se pronuncia, entre otros, el TSJ Madrid, en sentencia de 5 de junio de 2008 (ECLI:ES:TSJM:2008:11112) y el TSJ País Vasco en sentencia de 23 de septiembre de 2008 (ECLI:ES:TSJPV:2008:3234). Cuestión distinta, aunque relacionada con el problema consiste en saber si es posible constituir *ex novo*, en España, una adopción. Un reciente Auto de la Audiencia de Barcelona, de 28 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:3237<sup>a</sup>) declara que: “... La ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una *kafala* en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del art. 34 LAI o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española.

concreto el régimen establecido en el RD 240/2007, de 16 de febrero<sup>14</sup>. Pues bien, para la entrada en España de estos menores respecto de los cuales se ha constituido una *kafala* por un ciudadano español ha de tomarse en cuenta la reciente sentencia del TJUE en el asunto C-129/18, de 26 de marzo de 2019, *SM y Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI: EU:C:2019:248).

En la especie se trataba de una autorización de entrada de una menor sujeta a *kafala* que realizaron dos nacionales franceses, que contrajeron matrimonio en el Reino Unido en 2001 y que en 2009 habían viajado a Argelia para constituir la *kafala*, que fue declarada en marzo de 2011 por el Tribunal de *Bufarik* (Argelia), delegando la patria potestad en ambos cónyuges de acuerdo con la legislación argelina. Solicitada en 2012 la entrada en el Reino Unido en calidad de “hija adoptiva” las autoridades nacionales rechazan la solicitud por considerar que la tutela otorgada en Argelia no se reconoce como adopción en el Reino Unido y porque no constaba haber solicitud alguna de adopción internacional conforme a la normativa vigente. La *Supreme Court of the United Kingdom* suspende el procedimiento y plantea al TJUE varias cuestiones prejudiciales siendo la más relevante -y única sobre la que finalmente se pronuncia el tribunal- la relativa a *si los menores que se hallan bajo una tutela como la kafala argelina encajan en el concepto de descendiente directo a los efectos de la Directiva 2004/38*.

El propio tribunal remitente no albergaba dudas en cuanto a que la respuesta debería ser negativa a la luz del art. 2. 2º letra c) de la citada Directiva; sin embargo, se preguntaba si de acuerdo con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre orientaciones para la mejor transposición de la Directiva cabría entender que estos menores se incluyen en el concepto de descendientes directos en la medida en que la citada Comunicación se refiere a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente.

**12.** La respuesta del TJUE es relevante en la medida en que establece unos pasos firmes de argumentación que merecerían la atención de nuestras autoridades administrativas y judiciales a la hora de valorar y resolver las solicitudes de entrada y residencia en España de menores sujetos a *kafala*. En primer lugar, recuerda que el interés superior del menor y el derecho a la vida en familiar condicionan la interpretación de la normativa aplicable puesto que afecta a menores que al hallarse bajo tutela legal de un nacional de un Estado miembro, caen bajo la consideración de miembros de la familia extensa. En segundo lugar, se cuestiona y resuelve, el nudo gordiano del asunto: *¿incluye el concepto de descendiente directo de la Directiva 2004/38 (art. 2.2c) a los menores sometidos al régimen de kafala*<sup>15</sup>?

**13.** Para construir una interpretación autónoma del concepto, el TJUE sigue una interpretación teleológica y amplia. Y así, si la finalidad de la Directiva es facilitar el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de los miembros

---

<sup>14</sup> Su D.A. 2ª establece la extensión de la normativa a los familiares de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países. Como es sabido, el citado Real Decreto transpone la Directiva 2004/38/CE a nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>15</sup> Para todos los Gobiernos que presentaron alegaciones escritas el concepto no incluye a estos menores dado que la tutela por *kafala* no crea vínculo de filiación. Por el contrario, el *Coram Children's Legal Center* y el *AIRE Center*, también personados junto con la Comisión Europea, entendían que sí puede incluir el concepto “descendiente directo” a los menores respecto de los que un ciudadano de la Unión ejerza la tutela legal permanente, como sucede en el caso de la *kafala* argelina.

de su familia, el concepto (*descendiente directo*) debe interpretarse en sentido amplio, de suerte que *en él encaje cualquier vínculo de filiación, sea biológico o jurídico (...) siempre que resulte acreditado que la adopción crea un vínculo de filiación entre los menores y los ciudadanos de la Unión de que se trate* (§54). De donde, si la *kafala* no crea un vínculo de filiación entre los menores y sus tutores aquellos menores que se hallen sujetos a tutela legal de ciudadanos de la Unión en régimen de *kafala*, *no son descendientes directos*.

**14.** No obstante, ello no es óbice para que pueda aplicarse a estos menores el régimen más favorable de la Directiva 2004/38 toda vez que el supuesto puede subsumirse en el concepto “*otros miembros de la familia*” (§59). Tomando en cuenta el Considerando 6 de la Directiva, cuyo objetivo es mantener la unidad de la familia en sentido amplio, el TJUE recuerda a los Estados miembros que *no les es dable privar a la Directiva de su efecto útil y, en este sentido, deben prever la posibilidad de que estas personas obtengan una resolución sobre su solicitud basada en un estudio detenido de su situación personal, tomando en cuenta sus circunstancias personales y motivando su decisión*. Como elementos guía señala el Tribunal, entre otros: la edad del menor, la existencia de vida en común con el tutor desde el inicio del régimen de *kafala*, el grado de relaciones afectivas que se haya establecido entre el menor y el o los tutores, el nivel de dependencia de los menores respecto de los tutores y en qué medida dichos tutores asumen la patria potestad y la guarda legal y económica. El TJUE no excluye el posible riesgo de que los menores sujetos a *kafala* puedan ser víctimas de abuso, explotación o tráfico. En este sentido, recuerda que no cabe presumir que tras una *kafala* existe tal riesgo, pero encarece que en la instrucción del procedimiento se sopesen estas circunstancias. Ello es particularmente cierto cuando el Estado de origen no es parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.

**16.** Un último apunte al hilo de esta sentencia: *¿debe ser reconocida previamente la resolución judicial extranjera en la que se instituye la kafala y respecto de la que se puede derivar un derecho de entrada y residencia en un Estado miembro, y, por ende, en el resto de los Estados miembros de la UE?* La doctrina ha entendido que no cabe excluir que el *reconocimiento* de la *kafala* pueda entenderse como un presupuesto de la consideración de ese concreto menor como miembro de la familia a los efectos del artículo 3.2 de la Directiva (*cuestión previa*). En este sentido, antes de otorgar el visado, la autoridad nacional competente debería decidir si reconoce o no ese efecto a la resolución dictada en un tercer Estado constitutiva de la *kafala*<sup>16</sup>. En el ámbito del Derecho de extranjería, sin embargo, las autoridades administrativas suelen obviar cualquier análisis de Derecho internacional privado. Ello es debido a que únicamente controlan la regularidad formal de los documentos extranjeros (traducción y legalización) sin entrar a analizar la validez de la *kafala*. Esta flexibilidad ha sido criticada por algún sector doctrinal, si bien reconociendo que la intensidad del control es distinta cuando se localiza la institución en el estricto ámbito de la extranjería (entrada en el territorio y autorización de residencia) donde el efecto probatorio prima

---

<sup>16</sup> Sobre este aspecto se cuestiona N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo, *op. cit.* p. 13 citando a P. JIMÉNEZ BLANCO en su comentario a la sentencia Coman (C-673-18), “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: La UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018”, La Ley Unión Europea, Nº 61, 2018.

frente al constitutivo, sin perder de vista que el derecho a la vida personal y familiar podría verse gravemente comprometido en esta sede administrativa si la acreditación de los vínculos familiares tuviera que pasar por los requerimientos impuestos por la normativa de DIPr.

### III. A modo de conclusión.

**17.** (1) La STS de 9 de diciembre de 2011 aborda la importante tarea de suplir las carencias de la norma de extranjería que no define quién es el representante legal a los efectos de la solicitud de una autorización de residencia por reagrupación familiar. En la especie, saber si el menor sometido a *kafala* mediante una declaración notarial realizada por sus padres biológicos está incluido en el ámbito del apartado 1 c) del artículo 17 de la LOEx y, por ende, si esa *kafala* otorga al representante legal del menor título suficiente para solicitar la reagrupación familiar. La sentencia recoge la Instrucción DGI/SRG/01/2008 de 17 de enero de 2008 y hace suya la doctrina de la Resolución Circular de la DGRN de 15 de julio de 2016. Y así: (1) el hecho de que los progenitores biológicos cedan o deleguen la patria potestad en una persona carece de validez en España a los efectos de una reagrupación familiar y, por consiguiente, el concepto “representante legal” del artículo 17.1 apartado c) de la LOEx no alcanzaría al *kafil*; (2) ante una solicitud de visado por reagrupación familiar este se concede o se deniega en función del tipo de *kafala* de que se trate y siempre que se acredite un previo procedimiento administrativo o judicial; (3) 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; (4) el visado no debe concederse cuando la *kafala* se ha acordado privadamente o por acta notarial; (5) el visado no procede en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la *kafala*.

**18.** (2) La interpretación autónoma del TJUE respecto del concepto *descendientes directos* de la Directiva 2004/38 resulta extrapolable, con matices a la Directiva 2003/86. Y así: (1) cuando la *kafala* no crea un vínculo de filiación entre los menores y sus tutores, no pueden incluirse aquellos en el concepto de descendientes directos; (2) para no privar a la Directiva de su efecto útil, cabe subsumir el supuesto en el concepto “otros miembros de la familia” que permitan atender las solicitudes tomando en cuenta la situación personal del menor, la existencia de vida en común con el tutor y el grado de relaciones afectivas y de dependencia de los menores respecto del tutor; (3) esta ampliación es posible respecto de menores acogidos en situación de *kafala* por ciudadanos españoles; (4) pero no lo es cuando el representante legal sea un residente extranjero en España porque ni la Directiva 2003/86 ni la LOEx admiten ampliación del elenco de familiares reagrupables.

**29.** (3) En el trasfondo, ante una *kafala notarial* subyace una sospecha de constitución de *kafala fraudulenta* o *kafala en blanco* con el objeto de burlar las normas de extranjería en materia de entrada en el territorio. Sin negar que la sospecha y prevención del fraude en materia migratoria sea intrínseca a la regulación jurídica de

la entrada, no lo es menos que en la reagrupación familiar debe garantizarse que la *vida en familia* se realice del modo más adecuado para los intereses del menor. En este sentido, las técnicas de fiscalización del Derecho internacional privado podrían ser una mejor herramienta de control de los efectos concretos pretendidos con la constitución de la kafala pues permitirían, como dice la LOEx, el contraste de las facultades representativas con el orden público internacional español.