

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil once.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2917/2010 interpuesto por D^a Zoulikha, representada por el Procurador D. Abelardo Miguel Rodríguez González, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 11 de febrero de 2010 en el recurso número 837/2007, sobre visado para reagrupación familiar; es parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Zoulikha interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso contencioso-administrativo número 837/2007 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 Rkia.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 20 de mayo de 2008, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que “acuerde la nulidad del acto impugnado, declarando el derecho de mi representada a que se conceda el visado solicitado a favor de D^a Rkia”. Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 24 de julio de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia “por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto, con expresa imposición de costas a la recurrente, ex artículo 139 de la LJCA”. Por otrosí no solicitó el recibimiento a prueba.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 11 de septiembre de 2008, por escrito de 24 de septiembre de 2008 D^a Zoulikha propuso la práctica de los siguientes medios de prueba:

“1.- Documental.- Consistente en:

a.- Expediente administrativo en todo lo que no se oponga a nuestras pretensiones.

2.- Más documental.

a.- Que se oficie a la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid para que certifique sobre la legislación marroquí sobre la kafala.

El objeto de esta prueba es acreditar la vigencia de la legislación alegada”.

QUINTO.- Por auto de 17 de octubre de 2008 la Sala acordó: “Admitir la(s) prueba(s) documental(es) propuesta(s) en el apartado I, teniendo por reproducidos los documentos interesados y denegar la prueba documental propuesta en el apartado 2.”

SEXTO.- Recurrido en súplica, la Sala dictó auto el 23 de enero de 2009 que estimó el mismo y acordó “admitir ahora la prueba documental propuesta en el apartado 2 del escrito de proposición de prueba. En consecuencia, líbrese el oportuno oficio a la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid para que certifique sobre la legislación marroquí sobre la Kafala”.

SÉPTIMO.- El 14 de mayo de 2009 tuvo su entrada en el Registro General de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de “que por Nota Verbal de 11 de febrero de 2009 se solicitó a la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid las certificaciones interesadas en su Oficio de 23 de enero de 2009. Con fecha de hoy se procede a enviar nueva Nota Verbal reiterando las certificaciones que interesan a ese Tribunal”. Dicha Nota Verbal es del siguiente tenor literal: “El Ministerio de Asuntos Exteriores saluda atentamente a la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid y adjunto se emite escrito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el recurso procedimiento ordinario 837/2007, recurrente Zoulikha. El Ministerio de Asuntos Exteriores aprovecha esta oportunidad para reiterar a la Embajada del Reino de Marruecos en España el testimonio de su más distinguida consideración”.

OCTAVO.- Por escrito de 2 de junio de 2009 D^a Zoulikha solicitó a la Sala que “tenga a esta parte por desistida de la práctica de la prueba propuesta '2.- Más documental.

a) Que se oficie a la Embajada del Reino de Marruecos en Madrid para que certifique sobre la legislación marroquí sobre la kafala'.

NOVENO.- Evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

“Fallamos: Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Zoulikha, representada por el Procurador de los Tribunales D. Abelardo Miguel Rodríguez González, contra la resolución de fecha 30 de abril de 2007 dictada por el Cónsul General de España en Nador. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.”

DÉCIMO.- Con fecha 10 de mayo de 2010 D^a Zoulikha interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2917/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional “por infracción de los artículos 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, al haberse infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad”.

Segundo.- “Infracción del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000 y LO 14/2003, en relación con el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”.

UNDÉCIMO.- Por escrito de 4 de noviembre de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de costas al recurrente.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 20 de septiembre de 2011 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 23 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 con fecha 11 de febrero de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Zoulikha contra la resolución del Consulado de España en Nador que denegó la solicitud de visado por reagrupación familiar a la menor D^a Rkia, sobrina de aquélla.

La Sala de instancia consideró conforme a Derecho la decisión del Cónsul General de España en Nador que denegó el visado de reagrupación familiar porque se basaba en “el documento aportado de otorgamiento de representación legal a favor de un familiar no incluido en el grupo de reagrupables que viene recogido en el artículo 39 del Real Decreto 2393/2004”.

TERCERO.- En la primera parte de la sentencia, una vez sintetizadas las alegaciones de ambas partes, el tribunal de instancia rechazó que el acuerdo impugnado careciera de motivación hasta el punto de producir indefensión a su destinataria. Sostuvo, por el contrario, que “(...) basta con leer la resolución combatida y los alegatos de la demanda para observar con meridiana claridad que la resolución goza de la motivación suficiente para que la recurrente pueda articular su defensa ya que conoce sobradamente las razones de la denegación”.

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia la Sala resolvió la cuestión de fondo planteada con las siguientes consideraciones: “(...) Conforme al apartado c) del artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, son familiares reagrupables los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

Se está en el caso de que el 26 de enero de 2006 D. Mohammed y su esposa, D^a Khadija, hermana esta de la recurrente, y padres de la en dicho momento menor Rkia, 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 (alimento, comida, escolaridad, medicación...), acompañarla con ella fuera del territorio nacional a España donde trabaja. También consta que dicho documento fue conformado por Sentencia de 27 de febrero de 2006 del Tribunal de 1^a Instancia de Oujd.

La kafala del Derecho islámico es una institución que permite que un menor se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona una familia de acogida, aunque no crea más vínculo entre el kafils, o persona que asume la kafala del menor, y este último, que una obligación personal por la que el primero se hace cargo del segundo y se obliga a atender su cuidado, manutención y educación; pero, en principio, la kafala no crea vínculos nuevos de filiación o tutela, ni rompe los anteriores, por lo que ni extingue ni limita la patria potestad de los padres, ni, en su caso, las facultades y deberes del tutor ordinario.

Sin embargo, como se recoge en una de las resoluciones impugnadas, la kafala 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.

Abordándose la institución de la kafala desde la perspectiva del orden público español y en el marco de la petición de un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica a título de reagrupación familiar, puede concluirse que 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. 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 contencioso administrativo, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos jurídicos de la decisión administrativa impugnada.”

CUARTO.- En el primer motivo de casación la recurrente censura, por la vía procesal prevista en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la supuesta “infracción de los artículos 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, al haberse infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad”. A su juicio, es arbitrario el razonamiento del tribunal de instancia sobre la “verdadera intención” subyacente en la decisión de los padres de la menor, que no sería otra sino la de propiciar “que la hija alcance nuestro país”. Considera, por el contrario, la defensa de la recurrente que “no existe indicio alguno de fraude en la kafala” instada por ella.

El razonamiento del tribunal sobre la intención de los padres de la menor no es en la sentencia impugnada el elemento clave de la decisión jurisdiccional, por lo que las críticas que se le

dirigen no determinarían en ningún caso la casación de aquélla. La Sala de instancia se ha basado -según ha quedado transcrito- en una serie de consideraciones generales sobre la institución de la kafala y su relación con el concepto de “representante legal” de un menor propio del derecho español, para distinguir diversas hipótesis en que aquella institución podría dar lugar a que el menor estuviese legalmente representado en España por la persona a quien los padres le entregan su guarda. Y a partir de estas premisas concluye que sin la existencia de una previa situación de desamparo del menor no puede reconocerse en España que quien asume la kafala a partir de la entrega de los padres biológicos sea aceptado como representante legal del menor, a los efectos de su reagrupación familiar.

Pues bien, sin perjuicio de que al abordar el siguiente motivo de casación analizaremos las objeciones de la recurrente frente a aquellas consideraciones y su aplicación al caso de autos, lo cierto es que las alusiones del tribunal de instancia a la “intención” de los padres cuando entregan el menor a su tía materna no resultan determinantes para la decisión desestimatoria del recurso en la instancia pues el dato clave apreciado por la Sala sentenciadora es, insistimos, que no existía una previa situación de desamparo del menor entregado en kafala por sus padres biológicos. Sobre la incidencia de este factor objetivo -y no sobre el subjetivo y siempre más difícil de apreciar de las intenciones- nos hemos de pronunciar a continuación sin que, como acabamos de afirmar, pueda casarse la sentencia por un elemento de apreciación que a la postre no resulta ser el decisivo para el fallo. Fuese más o menos razonable la sospecha -y ha de destacarse que en el caso de autos se trataba de una kafala de cuatro menores, fruto de dos matrimonios diferentes, que eran simultáneamente “entregados” a D^a Zoulikha para que “se ocupe de ellos”-, la clave de la decisión jurisdiccional era la ya expresada.

Por lo demás, no fue sólo la Sala de instancia sino el propio tribunal marroquí que dictó la resolución aportada a los autos (de 27 de febrero de 2006) quien destacaba que la demandante “quedaba autorizada a acompañar con ella a España a los menores arriba indicados”. Y no deja de ser sintomático que la kafala se constituyera precisamente pocos meses antes (enero de 2006) de la petición de reagrupación familiar (julio de 2006).

QUINTO.- En el segundo motivo de casación se denuncia la “infracción del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000 y LO 14/2003, en relación con el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. El motivo comprende, a su vez, dos subapartados: en el primero se censura que el tribunal de instancia haya interpretado “(...) de un modo restrictivo el concepto de representante legal recogido en el art. 17.1.c) de la Ley de Extranjería, interpretación contraria al derecho a la vida en familia e intimidad familiar proclamado en el art. 16 de la citada Ley y en el art. 18 CE”.

La Ley Orgánica 4/2000 reconoce (artículo 16) que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17. Entre estos últimos se encuentran los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años (apartado primero, letra b). Y figuran igualmente los “menores de dieciocho años (...) cuando el residente extranjero sea su representante legal” (apartado primero, letra c). La versión del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000 que se aplica en este caso es previa a la que introdujo la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Sin perjuicio de lo que ulteriormente diremos, no cabe olvidar que el derecho que regula la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países residentes legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea constituye uno de los ámbitos

armonizados cuyo desarrollo normativo por dichos Estados debe hacerse según lo establecido en la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre. En ella se fijan las condiciones bajo las cuales ha de ejercerse el derecho a la reagrupación familiar y qué personas pueden considerarse, a estos efectos, “miembros de la familia” autorizados a reunirse con el reagrupante (artículo 4).

Limitando, por ahora, nuestro análisis a la interpretación del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, 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.

La defensa de la recurrente afirma en este primer apartado de su segundo motivo casacional que aquélla “es representante legal de su sobrina, según la Ley marroquí, y ello a través de la kafala”. Ocurre, sin embargo, que tal afirmación no puede sostenerse apodícticamente cuando ni siquiera se invoca y prueba (conforme a lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) el derecho marroquí aplicable, en concreto, a la kafala. La Sala de instancia había accedido en su momento a la práctica de la prueba interesada por la demandante para que la “Embajada del Reino de Marruecos en Madrid certifique sobre la legislación marroquí sobre la kafala”, pero dicha parte desistió de la práctica de la prueba en su escrito de 2 de junio de 2009, con lo que nada se ha aportado a los autos en relación con aquella legislación.

Sin la base sólida que proporcionaría un estudio más completo del derecho extranjero aplicable (lo que ya no es posible en casación, no habiéndose efectuado en la instancia) baste decir que, en una primera aproximación, la Ley marroquí número 15.01, relativa a la kafala de los menores abandonados, o la Ley marroquí número 70.03, del Código de familia, no parecen identificar o vincular necesaria e inexorablemente la custodia del menor entregado en kafala con su “representación legal”. Esta última podrá, o no, otorgarse al kafil por la correspondiente decisión judicial, de modo que es posible la coexistencia de las funciones propias esenciales de la kafala (alimentos, protección y educación del menor) asignadas a una persona con las funciones de representación legal (por ejemplo, a efectos de la administración de su patrimonio) encomendadas a otra. El kafil no necesariamente tiene que coincidir en toda su extensión con el tutor dativo ni constituirse en el representante legal del menor.

Si ello es así con respecto a la kafala constituida por decisión judicial, previa declaración de abandono del menor, menos aún 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, como en este caso ocurre, ante “dos adules notarios que suscriben la presente acta”. 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, al padre de su condición de representante legal del hijo.

No es necesario a los efectos que aquí importan apelar a las consideraciones de orden público, como hace la Sala de instancia, para negar la eficacia de este género de acuerdos (en este caso, intrafamiliares pues la kafala se ha constituido en favor de la tía del menor) como base para la reagrupación familiar. La kafala marroquí, incluso si se ha configurado por acta notarial, no necesariamente suscitará reservas desde la perspectiva del orden público internacional

español en la medida en que, como mecanismo de protección del menor, y aun cuando diverja de nuestras propias instituciones de derecho de familia (adopción y tutela), no tiene por qué resultar contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico español y además goza del respaldo de la Convención internacional antes referida, ratificada por España.

Aunque es muy difícil lograr una equiparación, en abstracto, de la kafala marroquí, en sus diversas modalidades, con las correspondientes figuras o instituciones de nuestro derecho de familia, y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto para concluir cuáles pueden ser sus efectos en España, es comúnmente admitido que aquella no es una adopción ni produce vínculos de filiación ni se asimila en todo a la relación jurídica paterno-filial, tratándose más bien de una modalidad de acogimiento de un menor entregado al cuidado de alguien que asume el compromiso de protegerlo, educarlo y mantenerlo. En el proceso que debemos resolver las consideraciones antes expuestas bastan para ratificar la conclusión del tribunal de instancia, esto es, que la recurrente no podía ser reconocida como “representante legal” de su sobrina y que ésta, por lo tanto, quedaba excluida de la reagrupación familiar.

SEXTO.- Adelantábamos en el fundamento jurídico precedente que la condición mínima para aplicar el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000 era que el reagrupante nacional del tercer país ostentase, de modo inequívoco, dicha representación según su propio derecho. Sólo a partir de esta circunstancia sería posible avanzar en el análisis de la procedencia del visado para reagrupación familiar.

Frente a lo que sostiene la recurrente, la interpretación “restrictiva” de aquel precepto legal no sería, en todo caso, sino consecuencia adicional de algo a lo que también hemos hecho referencia, aun cuando esta cuestión no haya sido tratada en la instancia. Si el derecho a la reagrupación familiar reconocido a favor de los nacionales de terceros países ha sido, como así sucede, objeto de una regulación armonizada mediante la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, la interpretación de la ley nacional debe llevarse a cabo en los términos más favorables al régimen establecido por dicha Directiva.

Desde esta perspectiva, próxima al 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, repetimos que 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. Podría replicarse que en el seno de las relaciones verticales el Estado no puede invocar frente a los particulares sus eventuales defectos de transposición, pero no es esta exactamente la situación de autos ya que, repetimos, de lo que se trata es de acoger una interpretación de los términos “representante legal” que, siendo posible según la dicción del precepto nacional, respete la finalidad pretendida por la norma comunitaria.

De hecho, la Administración Española (en concreto, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración mediante sus instrucciones DGI/SGRJ/06/2007, sobre la kafala, y DGI/SGRJ/01/2008 “sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal”) viene rechazando los visados de reagrupación familiar “para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento 'kafala', constituido por los padres biológicos del niño”. Considera, a estos efectos, que “(...) el citado documento no establece entre el (...) extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa” y niega que dicho extranjero residente en España pueda ser admitido como representante legal del menor extranjero. 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, afirma la Instrucción 01/2008 antes citada, procede la denegación del visado de reagrupación familiar.

Ello no ha de significar, sin embargo, 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” (en estos términos la Instrucción 06/2007 antes citada).

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, no puede tener acogida favorable la parte final del primer submotivo de casación que estamos examinando. 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. En esa misma medida tampoco resulta vulnerado el artículo 18 de la Constitución española, habida cuenta de que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas garantizadas por el Título I “(...) en los términos que establezcan los tratados y la ley”, cuya aplicación al supuesto de autos acabamos de corroborar.

La apelación que en el segundo submotivo se hace al artículo 20 del Convenio sobre los Derechos del Niño tampoco es suficiente para lograr el éxito de la tesis recurrente. Es cierto que la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 20 que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, y que “entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de

menores". Pero tal precepto no autoriza a concluir que siempre y en todo caso quien asume la kafala deba ser considerado "representante legal" del menor.

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 (de quienes se afirma en el recurso que viven en Argelia), ello no implica necesariamente que aquel precepto del Convenio imponga a las autoridades españolas la obligación de acceder a la expedición del visado de reagrupación familiar solicitado, cuyas pautas normativas de aplicación no lo autorizan. Y ello tanto menos cuanto que, según también ha quedado expuesto, existen en el derecho español otros medios jurídicos distintos de la reagrupación familiar para permitir que los menores extranjeros en determinadas circunstancias puedan obtener un visado de estancia temporal en España a cargo de personas distintas de sus padres.

OCTAVO.- Procede, pues, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 2917/2010, interpuesto por D^a Zoulikha contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 11 de febrero de 2010 en el recurso número 837 de 2007. Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Pedro José Yagüe.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, 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.